

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

HISTOIRE
DE LA
THÉORIE DES RÉCOMPENSES

EN MATIÈRE DE
COMMUNAUTÉ ENTRE ÉPOUX
SPÉCIALEMENT DANS
LA COUTUME DE BRETAGNE COMPARÉE AU DROIT COMMUN COUTUMIER

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

F. FREMONT



PARIS
LIBRAIRIE DE L'ŒUVRE DE LA PREMIÈRE-COMMUNION
ET DES ORPHELINS-APPRENTIS

40. — Rue La Fontaine — 40
1899

HISTOIRE
DE LA
THÉORIE DES RÉCOMPENSES

EN MATIÈRE DE
COMMUNAUTÉ ENTRE ÉPOUX

SPÉCIALEMENT DANS
LA COUTUME DE BRETAGNE COMPARÉE AU DROIT COMMUN COUTUMIER

THÈSE POUR LE DOCTORAT

*L'acte public sur les matières ci-dessus sera soutenu
le mardi 30 mai 1899 à 10 heures*

PAR

F. FREMONT

Président : M. LEFEBVRE, professeur.

Suffragants : MM. PLANIOL et BERTHÉLEMY, professeurs.

ACAD.
LUGD. BAT.
BIBL.



PARIS

LIBRAIRIE DE L'ŒUVRE DE LA PREMIÈRE-COMMUNION

ET DES ORPHELINS-APPRENTIS

40 — Rue La Fontaine — 40

—
1899

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

INTRODUCTION

Si nous en croyons la plupart des Auteurs anciens et modernes, le système des récompenses aurait été imaginé afin d'éviter les donations déguisées entre époux. Et nous convenons de suite que cette opinion a l'avantage de se prêter aussi bien aux récompenses dues au mari qu'à celles dues à la femme, aux récompenses dues par la communauté qu'à celles qui lui sont dues. Nous ferons cependant deux observations :

Et d'abord il faut rechercher comment on avait été amené à la prohibition des dons entre époux, dont le système des récompenses ne serait que le corollaire ;

En second lieu nous ferons remarquer qu'il y avait, même dans notre ancien droit, certains cas de récompenses que la seule prohibition des dons entre époux ne saurait parfaitement expliquer ; que la théorie des récompenses avait été étendue, comme nous le dit Pothier, même aux coutumes où cette prohibition n'existait pas ; qu'enfin cette explication est inacceptable aujourd'hui, que le Code civil n'invalide nullement les libéralités entre époux, mais les déclare simplement révocables.

On est parti, croyons-nous, d'une idée exagérée de la communauté primitive, qui aurait poussé à une absorption complète des intérêts propres par les intérêts communs ; ce qui aurait eu pour résultat l'exclusion totale d'un système de récompenses légales, dont l'introduction ultérieure apparaîtrait, dès lors, comme une œuvre de réaction, en vue de sauvegarder les intérêts propres.

Sans doute au moyen âge, tout avait poussé, en matière de droit matrimonial à la communauté des biens, qui n'était qu'une suite naturelle et logique de cette communauté de vie

et d'affections réciproques que crée le mariage entre les époux, et qui se trouva si merveilleusement développée chez nos ancêtres « par une heureuse rencontre des sentiments germaniques et chrétiens (1) » : communauté absolue d'existence quant aux enfants à mettre au monde et à élever « *Erunt duo in carne una* », des sentiments, des idées et des espérances futures, et aussi communauté de travail « C'est au

(1) M. Lefebvre commente longuement cette idée, dont il se sert pour expliquer les origines de notre communauté conjugale, dans une brochure adressée aux auditeurs de son cours (année 1898-1899 — Seizième cours). « Il n'est douteux pour aucun historien de bonne foi, nous dit notre vénéré maître, que le christianisme et son Église ont eu, surtout au moyen âge, une part des plus larges dans toute notre civilisation française. Il n'est pas à douter davantage, avec la foi profonde et unanime de nos pères durant tant de siècles, qu'ils devaient tendre à ordonner leur droit comme leur vie elle-même, dans le sens des préceptes chrétiens. Or, s'il est vrai que législation et coutumes dérivent des mœurs, et que ces mœurs elles-mêmes, surtout les mœurs familiales, dépendent naturellement des sentiments, des affections, des croyances de nos âmes, autant et plus encore que de nos organismes corporels ou de nos besoins économiques, — n'est-il pas juste de penser que le christianisme, ayant régné si fortement sur les esprits et sur les cœurs en notre pays, a pu exercer une action, profonde aussi, sur notre droit privé ? Là surtout où le droit est si intimement relié aux directions morales, comme en tout ce qui concerne le mariage, l'idée se présente d'elle-même ; et toute la question ne peut être que de démêler et de déterminer avec exactitude et sincérité ce qui doit être attribué à cette influence chrétienne.

Je suis arrivé pour mon compte, à cette conclusion qu'elle a été l'influence capitale sur tout notre ancien droit matrimonial, sorti de tradition vraiment française. Cette action prépondérante n'est pas contestée au sujet de toute la législation du lien même de mariage, si fortement reprise et construite par le droit canon. Mais je crois aussi que la doctrine chrétienne (sinon l'Église) a eu la plus grande part dans la formation coutumière des quatre institutions de puissance maritale, communauté, douaire et don mutuel, qui étaient devenues notre droit national, et qui représentent surtout à mes yeux la coutume chrétienne du moyen âge. »

D'ailleurs M. Lefebvre, après nous avoir indiqué les raisons sur lesquelles il fonde son opinion, nous explique ensuite que l'influence de l'esprit chrétien n'a pas tout été, ni lui seul, dans la formation de ces coutumes françaises, mais qu'il se trouva secondé dans les âmes généreuses et naïves de nos ancêtres les Francs par « tout un ensemble de *tendances morales* vers l'intimité plus grande de l'union conjugale, la suprématie naturelle du mari et aussi le sens bien plus humain qu'à Rome de la grande communauté des enfants ».... Mais les Gallo-Romains eux aussi « tendaient de leur côté à de nouveaux usages matrimoniaux pour se dégager de ces institutions du droit classique devenues contraires à leur croyance et leurs mœurs nouvelles »... Dès lors si la direction chrétienne n'était venue « exalter et conduire ces tendances naturelles au petit nombre des Germains passés en Gaule, comment croire que celles-ci auraient pu suffire à détruire et remplacer sur de nouveaux plans tout l'édifice

mari d'acquérir, à la femme de conserver » disait Aristote, et par tant enfin communauté de vie juridique, de jouissance et de fortune.

Mais si compréhensive que fut cette communauté de biens et d'intérêts, elle n'alla jamais, ne l'oublions pas, jusqu'à une absorption complète des intérêts propres : la tradition franquesut toujours réserver à la famille, comme en vertu d'un devoir envers elle, la terre venue des ancêtres. Cette idée quérè- vèle si nettement Tacite lorsqu'il nous dit que les Germains ne connaissaient pas le testament, aura des répercus- sions énormes dans la formation de notre droit coutumier ; et notamment en ce qui concerne la communauté, elle aura eu pour conséquence d'en distraire, dès l'origine, le tréfonds des propres qui devra faire retour à la famille.

D'autre part, l'on a pensé d'une façon peut-être trop ab- solue, que la communauté primitive ignorât tout système de récompense. En effet, non seulement ce système ne renferme rien en lui-même qui fût en opposition directe avec l'un des traits essentiels qui caractérisent le droit matrimonial du moyen âge, mais encore n'était-il, au contraire, que le déve- loppement de cette tendance marquée dès le début à séparer le tréfonds des propres de la masse commune.

Il y a, toutefois, une certaine catégorie d'hypothèses où l'on conçoit très bien qu'un système de récompenses ait pu être considéré tout d'abord comme faisant échec aux pouvoirs du mari ; ce sont celles où des impenses d'améliorations ayant été faites sur le propre de l'un des époux, avec de l'argent commun, il en serait dû récompense aujourd'hui. Le mari est le seigneur et maître des meubles, il peut en disposer à

romain ? ... M. Lefebvre conclut donc : « La vérité à mes yeux c'est qu'il s'est produit, contre cette antique et forte tradition romaine une merveilleuse ren- contre des prédispositions naturelles aux Germains, avec la direction du chris- tianisme formulant de son côté en préceptes supérieurs, nettement dégagés, des inspirations toutes semblables, et poussant à la fois Gallo-Romains et Barbares, les Francs surtout, les Francs en tête à terminer enfin cette démo- lition commencée des mauvaises constructions classiques du mariage romain, pour en édifier de nouvelles sur les vrais plans d'une société devenue entière- ment chrétienne. »

sa guise, les perdre même ; il doit donc pouvoir à plus forte raison les utiliser dans un intérêt propre, soit le sien, soit celui de sa femme, sans jamais avoir à ce sujet de compte à rendre à personne. Ces récompenses n'apparurent donc vraisemblablement pas les premières ; et c'est surtout quant à elles qu'il faudra le secours de certaines influences, pour amener les auteurs et la jurisprudence à les dégager.

Il nous paraîtrait donc assez naturel d'admettre que ce fût surtout pour le cas de la vente d'un propre, que, théoriquement tout au moins, le besoin d'une récompense au profit de l'époux aliénateur dût se faire le plus tôt sentir. Ce n'est d'ailleurs pas là une pure conjecture : Au ^{xiii}^e siècle, le Livre de Jostice et de Plet fait allusion pour un cas à la théorie des récompenses, et ce cas est précisément celui de la vente d'un propre ; de même le premier exemple de récompense légale qui apparaîtra dans la coutume de Paris, réformée en 1580, ne sera-t-il pas lui aussi relatif à ce cas ; il est vrai que l'article 232 vise également le cas du rachat d'une rente propre, mais au fond nous sommes toujours dans le même ordre d'idée.

C'est, qu'en effet, ainsi que nous l'avons dit, le système des récompenses a pour point de départ la distinction du bien venu de famille, *terra aviatica*, qui lui est spécialement réservé. Or, voici cette réserve compromise, s'il suffit à l'un des époux de vendre son bien pour faire disparaître les droits de la famille sur ce bien, pour revenir à une communauté universelle qui avait été écartée dès l'origine sous l'influence de cette idée d'un devoir envers la famille, en vertu duquel la terre des ancêtres doit lui faire retour.

Sans doute la coutume en était arrivée de bonne heure à donner aux lignagers le moyen de se ressaisir en nature de l'héritage vendu par leur parent, mais si ce parent était marié, cette ressource devenait insuffisante, car ils allaient perdre une partie de la valeur de cet héritage puisque l'argent provenant du prix allait être confondu dans les fonds communs. Ce sont donc les intérêts qui ne tardent pas à faire place aux sentiments et l'on se préoccupe de conserver à la

famille, sinon l'héritage paternel lui-même en nature, du moins sa valeur.

L'on s'écartera d'ailleurs de plus en plus, avec le développement des richesses, de cette vieille idée de la *terra aviatica*, pour en arriver désormais à prendre avant tout en considération les fortunes personnelles des époux. Et l'on cherchera dès lors à rétablir l'inégalité qu'il pourrait y avoir entre elles, en les excluant en tout ou en partie de la masse commune, au moyen de certaines clauses insérées dans les contrats de mariage. Ce sont nos clauses de réalisation et de séparation de dettes qui se préparent, ou pour mieux dire encore, la clause de communauté d'acquêts, la plus forte expression de l'esprit qui avait dicté la communauté, au moyen âge, mais qui avait été dépassé par suite d'une poussée intense vers l'idée d'association, et que nous retrouvons si fréquemment traduit dans les actes de cette époque par ces mots : *Quod simul collaboraverunt*.

Mais ce fut vraisemblablement du côté de la femme que durent s'introduire tout d'abord ces clauses destinées à assurer l'équilibre des apports respectifs des époux dans la mise en commun. Lorsqu'en effet l'usage s'introduisit parmi les pères de donner à leurs filles des dots de quelque importance, ils durent songer aussi à les réserver propres, en tout ou en partie, dans la mesure, par exemple, où la fortune du fiancé devait elle-même lui rester propre, en vertu des seules dispositions de la loi. Car, si l'on songe que l'homme était davantage appelé à recueillir des immeubles que la femme, dont la dot par contre était ordinairement constituée en argent, on conçoit qu'on ait cherché à prévenir, par des conventions particulières lors du mariage, l'application pure et simple de la coutume qui eût souvent abouti à réserver propre la fortune du mari, tandis que l'apport mobilier de son épouse serait tombé en communauté.

La théorie des récompenses, — et voilà bien la conclusion que nous voulions tirer de cette courte digression, — nous apparaît donc comme essentielle dans le régime de communauté : car seule elle permet d'équilibrer les fortunes

respectives des époux, par la pratique de clauses particulières insérées dans les contrats de mariage.

De là, il est vrai, surgiront de nombreuses difficultés lorsqu'il faudra liquider ce compte sans cesse ouvert, pendant toute la durée de la société conjugale, entre les patrimoines propres et le patrimoine commun. Mais pour les éviter, il n'y aurait d'autre remède que de recourir à la communauté universelle, ce qui serait précisément aller à rebours de cette tendance, si nettement accentuée déjà dans la communauté primitive, et qui n'a fait que grandir jusqu'à nos jours, à distinguer les biens propres du fonds commun.

L'on comprendra maintenant le développement de tout le système des récompenses, qui s'étendra à tous les cas où l'un des trois patrimoines — le patrimoine propre de chaque époux et celui de la communauté se sera enrichi aux dépens de l'autre.

Nous terminons donc ainsi cette courte introduction : c'est dans l'idée même d'association, et dans celle de justice à introduire en cette association qu'il y a lieu de rechercher l'origine des récompenses en matière de communauté entre époux. Et ce qui nous montre bien que telle est la vraie source des récompenses, c'est que dans la matière des sociétés taisesbles, nous retrouvons un système d'indemnités analogue à celui qui se développera dans la société conjugale. Nous reviendrons d'ailleurs un peu plus loin, sur cette idée, que pour le moment, nous ne faisons qu'indiquer.

Mais ne perdons pas de vue que la société conjugale diffère profondément des autres sociétés, notamment en ce qu'elle a toujours le mari pour chef légal, son épouse étant son associée en sous-ordre, mais en tout égale à lui-même « *Vir caput mulieris, mulier adjutorium simile sibi.* » Cette idée qui nous a déjà servi à expliquer pourquoi les récompenses dues pour impenses d'améliorations faites sur le propre de l'un des époux, soit sur celui du mari, soit sur celui de la femme, ne furent pas les premières à apparaître, nous expliquera aussi comment nos anciens auteurs, lorsque la théorie des récompenses se fût étendue à ces hypothèses, surent

limiter à la seule plus-value, le montant de l'indemnité due à la communauté.

Jusqu'ici nous n'avons envisagé les récompenses que comme un moyen d'égaliser les fortunes personnelles des époux, ou, ce qui n'est au fond que le développement de cette idée, que comme un système servant à maintenir l'équilibre entre les intérêts propres et les intérêts communs. Il reste à l'observer sous un autre angle, celui de leurs répercussions, une fois admises et pratiquées, sur quelques institutions coutumières, notamment sur la théorie des propres dont elles deviendront un procédé de grande extension. C'est alors, mais alors seulement, que nous pourrons considérer le système des récompenses comme ayant atteint son entier et complet développement (1).

1. Avant d'aborder l'histoire des récompenses, nous ne voudrions pas manquer d'avertir le lecteur que c'est de l'enseignement même puisé au cours de M. Lefebvre, que nous nous sommes inspiré dans le plan et les grandes lignes de cette étude.

CHAPITRE PREMIER

Des origines de la théorie des récompenses.

Nous exposerons d'abord le droit commun coutumier du XIII^e au XVI^e siècle en ce qui concerne les récompenses, signalant du même coup quelques divergences dans le Livre de Jostice et de Plet et surtout dans la Très ancienne coutume de Bretagne ; puis à la lumière des textes, nous rechercherons d'où procède historiquement le système des récompenses.

I

Si nous parcourons nos plus vieilles coutumes, l'idée qui s'en dégage, à l'endroit des récompenses, est qu'elles paraissent presque toutes les avoir complètement ignorées. Nous disons presque toutes, car nous trouverons quelques rares, mais fort heureuses divergences, notamment dans deux coutumiers, l'un de la deuxième moitié du XIII^e siècle, le Livre de Jostice et de Plet, l'autre du commencement du XIV^e siècle, la Très ancienne coutume de Bretagne. C'est elle surtout qui sera pour nos recherches une mine précieuse d'observations ; et de là l'intitulé de cette étude : « Histoire de la théorie des récompenses, en matière de communauté, spécialement dans la coutume de Bretagne. . . . »

Et d'abord nous avons dit que les coutumiers du XIII^e siècle, sauf ces deux divergences sur lesquelles nous aurons longuement à insister, ne paraissent avoir connu aucun système de récompenses :

Beaumanoir n'y fait allusion nulle part ; les Etablissements de Saint-Louis, dans un texte que nous aurons plus loin l'occasion de citer, s'opposent même formellement à ce que le mari puisse exiger des héritiers de la femme, qui ne s'y prè-

traient pas de bon gré, une indemnité à raison des améliorations qu'il aurait faites sur l'héritage de son épouse. Et nous aurons également à rapporter à côté de ce texte, l'article 6 de la coutume de Nivernais (Tit. des Communautés et Associations) rédigée en 1534, qui contient une disposition à peu près analogue. Mais ce qui pourrait nous étonner encore bien davantage, c'est que pour le cas le plus important peut-être, le cas de vente d'un propre, nous suivons très nettement qu'il ne donnait pas lieu à une créance en reprise, établie de plein droit par la coutume, de l'argent tombé en communauté. Tout le monde connaît, en effet, cet adage si fameux cité par Loisel (1) : « Car ce qui se disait jadis que le mari se devait relever trois fois la nuit pour vendre le bien de sa femme, a finalement été réprouvé par plusieurs arrêts et coutumes modernes. » Et tel est bien aussi ce qui résulte de nos anciens auteurs (2), et est de plus confirmé par le silence de l'ancienne coutume de Paris, rédigée en 1510, où il n'est nullement question de récompense, même dans cette hypothèse. « Dans l'ancienne coutume de Paris, nous dit Argou (3), quand un mari et une femme vendaient leurs propres, les deniers provenant de la vente entraient dans la communauté, et il n'y avait aucune récompense pour celui dont le propre avait été vendu : c'est pourquoi on disait par une manière de proverbe que le mari ne se pouvait lever trop matin pour vendre les propres de sa femme. »

Comment expliquer ce défaut de récompenses dans la communauté primitive ?

Le système des récompenses procède logiquement de l'idée d'association, et de celle de justice à introduire en cette association : c'est là une idée fort simple à l'aide de laquelle nous le synthétisons aujourd'hui ; mais cette idée, que

(1) Loisel : *Institutes coutumières* (éd. Dupin et Laboulaye), liv. 1, tit. 2, § 14, n° 116.

(2) V. notamment Masuer : *Practica forensis*, tit. XIV. — Chopin : *De moribus Parisi*, liv. 1, tit. 1 n° 24. — V. aussi le recueil de Louet réédité par Brodeau, lettre R, somm. 30.

(3) Argou, *Institution au droit français*, liv. 3, ch. XII,

nous retrouvons toujours, sous une forme ou sous une autre, soit au fond des premiers cas de récompense établis par la coutume, soit dans leur développement ultérieur, devait engendrer les conséquences les plus lointaines, par suite des rapports incessants des époux entre eux et de la confusion de leurs intérêts ; il a donc fallu une lente et longue élaboration, un concours de circonstances et d'influences diverses pour dégager les récompenses de l'idée d'association, et faire produire à cette idée tout le développement qu'elle comportait.

La simplicité si naïve et si franche du moyen âge n'était-elle pas d'ailleurs bien loin de ces comptes si compliqués, auxquels doivent forcément donner lieu, lors des liquidations et des partages de communauté, l'application d'un système de récompenses.

Toutefois, nous ne sommes pas tant disposés à admettre que les choses se passaient jadis si différemment d'aujourd'hui : aussi nous efforcerons-nous de rechercher si cette absence de récompenses ne s'expliquerait pas, pour un cas très important, le cas de vente d'un propre, par la rareté des ventes d'immeubles au moyen âge, et si au surplus la grande extension du bail à rente, à cette époque, n'y était pas pour quelque chose ; si pour d'autres cas, il n'y était pas suppléé dans une certaine mesure par quelques coutumes équivalentes ; si pour d'autres enfin, et nous y avons déjà fait allusion, il n'est pas malaisé de concevoir que le principe d'une récompense légale ait pu tout d'abord paraître comme contraire aux pouvoirs du mari, comme chef de la société conjugale. Nous allons reprendre successivement ces trois points.

§ 1^{er}

Nous n'avons pas ici à retracer l'histoire du bail à rente, ses origines et sa grande extension au moyen âge ; il nous suffira de rappeler qu'à une époque où l'argent était encore très rare, il dût bien souvent remplacer des ventes d'immeubles qui, pour cette raison, eussent été presque impossibles :

grâce au bail à rente, les gens de condition modeste, les paysans pouvaient obtenir des concessions de terre, à la charge de payer une redevance périodique soit en argent, soit même le plus souvent en nature. Du reste, les grands propriétaires y trouvaient aussi leurs avantages, car il leur permettait de tirer profit de grands domaines souvent incultes, et qu'ils n'auraient pu exploiter eux-mêmes complètement.

Or, il semble que de très bonne heure la coutume ait cessé de restreindre la théorie des propres à la seule *terra salica vel aviatica*, mais l'ait, au contraire, étendue à d'autres biens qui ne sont pas à proprement parler des propres. C'est ainsi que l'article 179 de l'ancienne coutume de Paris (1) porte que l'héritage pris en échange d'un propre est lui-même propre et tombe en retrait s'il est vendu; et dans le dernier tiers du ^{xiv}^e siècle le Grand coutumier de France pose très nettement que le propre est ou l'héritage venu de succession ou l'immeuble qui en a été pris en échange (2). C'est qu'en effet, comme nous l'avons déjà remarqué dans notre introduction, les intérêts ne tardèrent pas à faire place aux sentiments, et l'on se préoccupe de conserver à la famille sinon le propre lui-même, du moins sa valeur; l'on devait donc être porté tout naturellement à considérer l'immeuble reçu par échange, pendant le mariage, d'un propre de l'un des époux, comme devant en tenir lieu à l'égard de la famille et, en conséquence, former lui-même un propre et non un conquêt.

Ce que nous venons de dire pour le cas où l'un des époux aurait échangé un propre, pendant le mariage, s'entendra encore plus aisément de celui où il l'aurait baillé moyennant

(1) Art. 143, de la cout. réf.

(2) V. Grand coutumier de France, liv. II. tit. XIV. Du nombre des biens.

« Des immeubles les uns sont dict acquêts, les autres héritages. Les acquêts sont possession que aucuns à acquises par titre d'achapt ou de don à luy fait ou par quelconque juste titre autre que de succession ou d'échange fait avec la chose possédée à titre de succession. Mais le propre ou heritaige si est immeuble par luy possédé à cause de succession par prochaineté de lignage, ou par eschange par luy fait de la chose qu'il avoit avant pos sédée par succession. »

une rente. La rente foncière avait toute la nature d'un droit réel immobilier ; dès lors ne devait-on pas la considérer comme participant du caractère de l'immeuble dont elle tenait lieu. Aussi, d'après l'article 172 de l'ancienne coutume de Paris (1), la rente grevant un immeuble, qui avait été propre, était elle-même propre, et tombait en retrait si elle était vendue (2).

Ainsi donc, le plus souvent au moyen âge, au lieu de vendre un immeuble, on l'échangeait ou on le baillait moyennant une rente, et dès lors, l'immeuble échangé ou la rente restait propre. Or, il y avait certainement là un usage qui, pendant longtemps, et pour un cas aussi grave que celui de la vente d'un propre ne dût pas faire sentir le besoin d'un système de récompense.

Toutefois quelque extension qu'ait eu le bail à rente au moyen âge, il ne pouvait évidemment pas, de même que l'échange, correspondre à tous les besoins et tenir lieu dans tous les cas du contrat de vente : force était bien de recourir à celui-ci, si l'on voulait, par exemple, se débarrasser d'un immeuble incommode, ou qui avait cessé de plaire, en vue d'en acquérir un autre qui convenait davantage ; il n'eût pas été toujours possible, en pareille hypothèse, de procéder par la voie de l'échange. Au surplus la nécessité pouvait pousser à vendre (3), comme aussi le désir de se procurer de l'argent en vue d'obvier aux frais de quelque entreprise. Comment donc justifierons-nous l'absence de récompense pour ces quelques cas de ventes immobilières qui devaient se présenter de plus en plus nombreux à mesure que l'on approchait des temps modernes ?

Et d'abord, nous ferons remarquer que s'il n'y avait pas de récompenses légales, c'est-à-dire établies de plein droit par la coutume, rien ne s'opposait à ce que les parties en

(1) Art. 129, de la cout. réf.

(2) V. aussi Jean des Mares, décisions 82 et 829 et Coutumes notoires, art. 144 ; et Très ancienne coutume de Bretagne, ch. 217.

(3) V. un texte de Jostice et de Plet que nous rapportons plus loin.

stipulâssent par des conventions particulières, soit lors du mariage, soit au moment de l'aliénation de l'immeuble. Ainsi, un mari ne pouvait-il pas promettre à sa femme que si elle consentait à l'aliénation de son propre, lui ou ses héritiers l'en dédommageraient sur le sien. Toutefois il était à craindre que la femme ne se laissât bien souvent influencer par son époux, et ne consentît à l'aliénation de son bien, sans qu'aucune promesse sérieuse, nous voulons dire obligatoire, n'ait eu lieu de la part de celui-ci. Il est donc bien probable que les pères désireux d'assurer à leurs filles la conservation de la dot qu'ils leur constituaient en immeubles, ne devaient pas manquer de stipuler, dans les contrats de mariage, que si lesdits immeubles étaient vendus, il en serait dû récompense. Et la Très ancienne coutume de Bretagne ne fait peut-être que consacrer des conventions de ce genre qui se seraient glissées de très bonne heure dans les mœurs, quand elle dispose, que si le mari a vendu l'héritage de sa femme, du consentement de celle-ci, il devra l'en dédommager sur ses propres biens (1). En tout cas, par cela même qu'elle ne prévoit que cette hypothèse, sans faire la moindre allusion à celle où le mari aurait aliéné le sien, elle paraît bien se référer à cet ordre d'idée : les récompenses se seraient donc introduites tout d'abord dans l'intérêt de la femme ; nous verrons plus loin ce qu'il faut penser de cette conjecture, nous ne faisons ici que l'indiquer en passant.

D'ailleurs, que les récompenses aient commencé par être des récompenses conventionnelles ou que primitivement elles se soient manifestées sous une autre forme — nous re-

(1) V. ch. 315 de la Très ancienne coutume de Bretagne (dans la nouvelle édition critique de M. Planiol). C'est d'ailleurs à cette édition que nous nous reporterons toutes les fois que nous citerons un texte de ce vieux coutumier breton.

...., « Et non obstant que la femme ou ses hoirs aient relenqui es meubles et que ils aient eu leur part des conquestz, si le mari lui avoit fait vendre son heritage [tout ou partie], le mari et ses hoirs, seraient tenuz à les desdommagier, le et ses hoirs, sur seul au mari ou à ses hoirs parsommet ce que la femme ou ses hoirs araient eu leur part des conquestz, appelez ceulx qui sont à appeler deument davant justice à qui la cognoissance en appartient ».

viendrons sur ce point — il paraît bien certain qu'avec le progrès des fortunes et le nombre toujours croissant des ventes d'immeubles eu égard aux besoins nouveaux, les stipulations de reprises étaient devenues si fréquentes, soit dans les contrats de mariage, soit dans les actes d'aliénation, qu'elles avaient fini par y être de style ; en sorte que l'article 232 de la coutume de Paris, réformée en 1580, n'aurait fait que consacrer législativement un cas de récompense, passé en coutume grâce à la prévoyance des parties, en réputant désormais sous-entendues des clauses devenues d'usage. Cela résulte clairement de la partie finale de cet article : « . . . , encore qu'en vendant il n'eût été convenu du remploi ou récompense et qu'il n'y ait eu aucune déclaration sur ce fait » ; et nos commentateurs nous signalent également l'existence de conventions de ce genre (1).

En second lieu, et c'est par là que nous terminons ce premier paragraphe, si, pour le cas de vente d'un propre, la généralité de nos très anciennes coutumes ne portaient nulle trace d'un système de récompense, deux au moins d'entre elles faisaient divergence : la Très ancienne coutume de Bretagne dans le texte que nous connaissons déjà, et le Livre de Jostice et de Plet dans un passage encore plus remarquable : mais le moment n'est pas encore venu de les commenter l'un et l'autre.

§ 2^{me}

Nous nous proposons dans ce deuxième paragraphe de rechercher si pour quelques hypothèses où il y aurait aujourd'hui une récompense légale, il ne s'était pas formé pri-

(1) Choppin, *De mortibus Parisi*, liv. 1, tit. 1, n° 24. — « ... S'il est convenu par le contrat de mariage ou par le contrat de vente, que l'héritage ou rente de la femme mariée étant vendu, le prix serait employé par le mary en autre rente ou héritage, en ce cas il faut garder et suivre la convention ; hors ces cas-là, nos majeurs et anciens pratiquaient cette règle vulgairement que les deniers étaient vrais meubles, et qu'on les devait régler par ce qui est ordonné des meubles, par la disposition du droit. Mais par la nouvelle coutume de Paris, il est ordonné que, etc. »

mitivement une coutume équivalente qui, dans une certaine mesure tout au moins, en tint lieu.

1° Et d'abord une première hypothèse, pour laquelle nous trouvons dans la Très ancienne coutume de Bretagne un texte fort intéressant, est celle où une femme mariée s'est obligée solidairement où conjointement avec son mari. On sait que la femme n'est alors réputée à l'égard de celui-ci, dans notre droit moderne, s'être engagée que comme caution ; en conséquence, nous dit la loi, elle doit-être indemnisée de l'obligation qu'elle a contractée. (Art. 1431 du Code civil.)

Or, pour le moment contentons-nous de faire remarquer que la récompense établie au profit de la femme, dans l'hypothèse de l'article 1431, est fondée sur son état de dépendance vis-à-vis de son mari. Et aussi telle est bien là l'idée que nous retrouvons anciennement : « ... pour ce que la femme est déraisonnable et de faible nature, dit la Très ancienne coutume de Bretagne, et qu'elle et toutes ses choses sont au gouvernement de son mari, qui la peut faire obliger par là où il veut. »

Mais primitivement les choses se passaient autrement, pour arriver, en somme, à un résultat à peu près identique. C'est ainsi qu'au lieu de dire : à l'égard du créancier, la femme sera traitée en codébitrice solidaire, mais vis-à-vis de son mari, elle ne sera plus qu'une caution, on disait bien plus simplement : le créancier devra tout d'abord se faire payer sur les biens du mari (1). Dans l'esprit de cette vieille coutume, la femme en s'obligeant avec son mari, n'a donc joué que le rôle d'une caution tant à l'égard du créancier que

(1) V. ch. 312 de la Très ancienne coutume de Bretagne. — « Comment execution doit estre faite sur les biens du mari et de la femme quand ils sont d'ou obligiez ensemble. — Quant homme et femme sont obligiez en un meisme contrat et chescun pour le tout, la execution doit estre faite sur les biens du mari tout premier tant comme ils peuvent fournir avant que ceulx à la femme encourgent, non obstant li ans ne obligations que la femme en ait fait ne donné sur le ne sur ses biens, pour ce que la femme est desresonable et de foible nature, et que le et toutes ses chouses sont au gouvernement de son mari, et qu'il la pout faire obliger par là où il vouldt. Et pour ce doit estre faite la execution premier sur les biens du mari que sur ceulx à la femme. » Comp. art. 433 de la coutume réformée en 1580.

de son époux. La loi moderne interprétant plus strictement la convention des parties, complique un peu les choses : vis-à-vis du créancier la femme est vraiment codébitrice solidaire ainsi qu'elle s'est engagée, et partant elle pourra être forcée de payer, sans pouvoir opposer la discussion ; mais à l'égard du mari, elle n'est plus qu'une caution, ainsi que l'interprétait déjà la coutume que nous venons de rapporter.

2° De nos jours, certaines acquisitions bien que faites à titre onéreux pendant le mariage, resteraient cependant propres à l'un des époux, sauf à celui-ci à devoir récompense à la communauté. (V., notamment, les articles 1406 et 1408 du Code civil.)

Ces textes peuvent aisément se ramener à cette idée : lorsque par suite d'un partage, d'un avancement d'hoirie, ou d'autres circonstances, les époux font l'acquisition d'un bien de famille, — nous entendons d'un bien immeuble, — le législateur a pensé, comme étant bien plus naturel et plus conforme aux sentiments et aux idées, de réserver propres lesdites acquisitions, sauf récompense de la part de l'époux du chef duquel elles ont été réalisées. C'est donc bien là encore cette vieille idée de la *terra*, qui, née de la tradition franque et après avoir traversé tout le moyen âge, s'est transmise jusqu'à nous pour inspirer à nouveau le législateur dans quelques dispositions particulières.

Notre ancien droit coutumier, très fortement imprégné de cette antique tradition, n'avait pas été, on le concevra sans peine, sans se préoccuper de faire retour à l'époux lignager du bien venu de ses parents. Et cela d'autant plus, que parmi ces différentes acquisitions ayant, dans leur nature et dans leur fin, le caractère d'un propre plutôt que celui d'un conquêt, il y avait jadis un cas très important, dérivant d'une vieille institution coutumière que le législateur moderne n'a pas voulu reproduire comme contraire à la circulation des biens, nous voulons dire le retrait lignager.

Mais le système des récompenses n'étant pas encore connu, force est bien à la coutume d'avoir recours à un autre procédé. Or, il ne vint pas tout d'abord à l'idée de consi-

dérer l'acquisition comme devant former un propre ; — la théorie des propres, elle aussi, est en voie de formation comme celle des récompenses à laquelle elle est intimement liée — ; mais tout ce à quoi l'on songe, c'est que l'époux lignager puisse reprendre le bien en question à la dissolution du mariage. Et, toutefois, l'opération formant un conquêt, il était juste que cette reprise ne pût avoir lieu, qu'à la condition de rembourser à l'époux non lignager ou à ses héritiers la moitié du prix d'acquisition, « en payant le mi-denier de la chose conquise », disent les anciens textes (1).

(1) V. a) Ch. 217 de la Très ancienne coutume de Bretagne.

« Comment doivent estre partiz les conquestz que le mari fait durant le mariage entr'eulx qui sont en les presmece de l'un ou de l'autre. — Nul homme ne peut acheter terres, mesons, rentes ne autres héritages, le mariage durant de li et sa femme que ils ne soient aussi granz en conquestz les uns comme les autres et eulx et leurs hoirs comme dit est (aillours) par coustume. Et quand le achat est fait en la presmece de l'un ou de l'autre, quant l'un des mariez est descendu, ceul qui demoure ou son prochain hoir pout mettre hors par presmece les hoirs au mort (de) ce que aura esté conquis en leur presmece, paiant le me-denier de la chouse conquise, de ce qu'elle aura cousté à conquerre par le marchié et pour bans, vins, ventes, dedanz l'an et le jour de la mort du mort ; et auxi le vivant les hoirs du mort par manière semblable. » Comp. art. 442 de la cout. réformée.

b) Ch. 40 (au milieu de la page 97).

« ...Et auxi est-il excepté entre le homme et la femme, et les hoirs de ceulx après la mort d'iceulx, à retraire les conquestz qui seroient faiz en la presmece de l'un ou de l'autre, comme ils doivent estre retrez par la coustume, à savoir est dedans l'an et le jour de la mort de celi qui decedera d'eulx o le me-denier... » ;

et Ch. 220 (au milieu de la page 221).

« ... Et se il y avait conquestz qui fussent faiz ou ramage de l'un ou de l'autre, ceulx ou celui en qui ramage il aurait esté fait et conquis en pourrait geter o le me-denier les autres, dedanz l'an et le jour que la eschaite leur seroit venue... » Comp. art. 319 de la coutume réformée.

c) Beaumanoir. Les Coutumes du Beauvoisis, ch. XLIV. Des Rescousses de héritage. N° 48 et 49. Edition du comte Beugnot T. II. pages 208 et 209.

N° 48. « Aucunne fois avient-il, quant uns hons et une feme sont ensanlle par mariage, et il ont enfans, qu'il acatent aucuns héritages en l'eritage du pere, et après le mere muert, et demorent li enfant sous aage en le garde du pere. Or veons comment li peres aura le partie par le bourse, que li enfans doivent avoir en l'aqueste, de par le mere. Noz disons, selonc nostre coustume, que tant que li enfans sunt sous aage, li peres n'est pas tenus à offrir les deniers à ses enfans ; car il tient tout par le reson de le garde. Mais si tost comme li uns des enfans est aagiés, dedens l'an et le jour après il li doit offrir l'argent ; et s'il lesse l'an et le jor passer, il n'i pot puis recouvrer, angois emportent li enfant le moitié, par reson de lor mère. Et autel comme noz

Il y avait d'ailleurs au moyen âge une tendance à considérer toute opération relative à un propre comme faisant un conquêt, sauf un règlement ultérieur entre le survivant et les héritiers du prédécédé.

Ainsi, prenons le cas où le propre de l'un des époux a été libéré, grâce aux fonds communs, d'une rente qui le grevait. Nous dirions aujourd'hui tout simplement que cet époux en devra récompense à la communauté. Mais jadis on considérait le rachat comme conquêt (1). De là cette conséquence : l'époux débi-rentier ou ses héritiers devront à la dissolution du mariage, continuer à l'autre époux ou à ses ayants cause, le paiement de la moitié de ladite rente jusqu'à complet rachat. Et, toutefois, comme l'intention des époux n'avait pas été de perpétuer une charge grevant l'un d'eux, mais bien au contraire d'en amener l'extinction définitive, ce résultat

avons dit du pere qu'acate en son héritage, disons-noz de l'iritage qui est acetée en l'eritage de le mere, quant li peres muert et le mere veut ravoir le moitié de l'iretage par le bourse. »

N° 49 « Ce li peres et le mere acatent heritage en l'eritage du pere, et après li peres muert, li enfant poent bien ravoir par le bourse le partie de le mere dedans l'an et le jor que li peres est mors. Et s'ils sunt sous aage quand le peres muert, li ans et li jors lors commence sitost comme li ains nés des enfans vient en aage. Et ce li ains nés des enfans ne le veut ou ne pot ravoir par le bourse, por ce ne demore pas que li mains nés ne le puist ravoir dedens l'an et le jor qu'il viennent en aage. Et tout auxi se li heritages est acetés en l'eritage le pere, et le mere muert, le poent bien li enfans du pere ravoir par le borse. Et en toutes tēx aquestes que li peres et le mere poent ravoir de lor enfans par le bourse, et li enfant du pere et de la mere ainsi comme dit est, quand li fiés revient arrière par le bourse, il n'a que tant de dommages comme il i avoit quant il fu acetés. Mes si le borse n'est offerte et çascuns emporte se partie : çascuns fet hommage de ce qu'il emporte, et ensi poent li seigneur avoir d'un hommage deux ou plus. » Comp. art. 184 de l'ancienne coutume de Paris, et art. 155 de celle réformée en 1580.

(1) V. Grand coutumier, liv. 2, tit. XXXIII.

« Item si deux conjoints par mariage acquèrent un héritage qui soit chargé d'aucune rente, laquelle iceulx deux conjoints acquièrent, elle est confuse tant que le mariage durera ; mais après la mort de celui à qui l'héritage était, le survivant prendra la moitié de la rente acquise durant celui mariage ; car il sortit la première nature, et le mari, durant le premier mariage, ne l'eût pu exiger, car celui même le devait et ainsi était débiteur et créancier. Maintenant le débiteur et le créancier sont divises personnes, et le peuvent bien exiger l'un de l'autre. » V. aussi ch. 88. des Coutumes Notoires, art. 119 de l'anc. cout. de Paris (art. 244 et 245 de la cout. réf.) et l'art. 442 de la cout. de Bretagne.

pourra être atteint, si celui des époux du chef duquel le propre a été libéré pendant le mariage, consent à rembourser à l'autre ou à ses héritiers la moitié du prix de rachat.

Ce procédé avait l'avantage, à une époque où l'argent était encore rare, de permettre à celui des époux qui avait ainsi profité des fonds communs, de pouvoir se libérer plus aisément envers son conjoint ; mais ce n'est là qu'une considération secondaire : la théorie des propres est encore en pleine voie de formation et ne se dégagera bien nettement qu'avec celle des récompenses ; il ne faut donc y voir selon nous, qu'une suite de cette tendance à considérer primitivement comme conquêt toute opération effectuée au cours du mariage, sauf un règlement ultérieur, s'il était à désirer que l'un des époux en conservât le profit exclusif.

§ 3^{me}

Arrivons enfin à une dernière catégorie d'hypothèses : celles où des impenses de réparations ou d'améliorations ayant été faites sur le propre de l'un des époux, avec de l'argent commun, il en serait dû récompense aujourd'hui.

Nous croyons qu'en ce qui les concerne, le droit coutumier devait pendant longtemps écarter toute idée de récompense, comme faisant échec aux pouvoirs du mari, chef de la société conjugale et seigneur et maître des meubles. Il peut disposer de ceux-ci comme il l'entend, les engager par ses délits, les dissiper et sa femme le peut avec lui ; il doit donc pouvoir à plus forte raison les utiliser dans un intérêt propre, soit le sien, soit celui de son épouse, sans plus jamais avoir à ce sujet de compte à rendre à personne que s'il en avait disposé dans un intérêt commun.

Nous ne nous étonnerons donc pas si les Établissements de Saint-Louis, sous l'empire de cette idée que nous trouvons très nettement formulée à la fin du chapitre 215 de la Très ancienne coutume de Bretagne (1), s'opposent formellement à

(1) «... Et auxi, comme dit est aillours, le mari est seigneur des moubles faisant suffisante pourvéance à sa femme. Pour ce ne auroit le ne ses hoirs

ce que le mari puisse exiger des héritiers de la femme qui ne s'y prêteraient pas de bon gré, une indemnité à raison des constructions qu'il aurait faites ou des vignes qu'il aurait plantées sur l'héritage de son épouse (1).

Telle est encore l'idée à laquelle Guy-Coquille aura recours pour justifier une disposition (2) de la coutume de son pays, rédigée en 1534, d'après laquelle « les bâtiments faits durant le mariage en l'héritage de l'un des mariés ne sont sujets à remboursement », disposition d'ailleurs, qu'il critique, et trouve excessive (3).

Bien plus, cette même disposition qui refuse l'indemnité entre gens mariés, l'accorde entre tous autres communistes. C'est donc qu'à une époque où le système des récompenses était déjà connu et appliqué comme conséquence de l'idée de justice à introduire dans toute association, il se heurtait, en matière de société conjugale et pour le cas qui nous occupe, aux pouvoirs de libre disposition de son chef légal qui est le mari.

Au surplus, la théorie des récompenses suppose une séparation nettement délimitée des intérêts propres et des

fors en tant comme ils en trouveront au descens de l'un de ceulx doux, et ne doit l'en faire ne oïr compte que le mari ait fait des biens par avant le leit de sa mort. »

(1) V. Etablissements de Saint-Louis, livre 1, chap. 145, page 280 du tome II de l'édition de M. Viollet : « Se aucuns gentis hom ou costumier avoit prise fame, et il aust fait en le terre à la fame bones maisons ou bones vignes plantées, et sa fame se morist sanz oïr, tuit li amandement qu'il auroit faiz en la terre sa fame si remoiendroit au lignage de par sa fame; ne ja lignages de part la fame ne li en feroit retour, se il ne voloit. Et itant gueaigne qui met amandement en autrui heritage. »

(2) Coutume de Nivernais, titre des Communautés et Associations, art. 6 : « Bastiment fait en conquest de communauté est commun entre les parsonniers; mais s'il est fait en l'héritage ancien de l'un desdits communs, il luy est propre comme ledit héritage, à la charge de rembourser par le seigneur dudit héritage, ses parsonniers, au prorata de la valeur dudit bâtiment qui sera estimé lors de la dissolution de la communauté. Toutefois si ledit héritage est seulement réparé, ladite réparation appartient au parsonnier à qui, il est, sans charge de remboursement; et n'aura lieu ladite coutume entre gens mariez, entre lesquels lesdits édifices ne sont sujets à remboursement. »

(3) Guy-Coquille. — Questions et réponses sur les articles des coutumes ch. xcvi.

intérêts communs. Or, nulle part ailleurs qu'en notre hypothèse ces intérêts devaient plus longtemps rester confondus : des constructions ont-elles été élevées sur un terrain propre à l'un des époux, ou des réparations ont-elles été faites à l'un de ses immeubles, n'est-ce pas la communauté qui en aura profité tout d'abord durant le mariage. Puis cette idée d'une réserve de la *terra aviatica* à la famille n'est pas compromise ici comme dans le cas de la vente d'un propre : pour arriver à la récompense en notre hypothèse, il faudra une distinction plus précise des patrimoines propres du fonds commun, lorsqu'avec le progrès des fortunes, l'on se préoccupera de plus en plus de maintenir l'équilibre entre les apports respectifs des époux dans la mise en commun.

II

Dans toute société, c'est un principe d'équité la plus vulgaire que si l'un des associés a employé une partie des fonds communs dans un intérêt propre, il en doit récompense, et qu'inversement il doit être indemnisé de tout ce dont il pourrait avoir enrichi la société à son détriment ; cela ne cesserait d'être vrai même dans une société universelle, si en dehors de cette société, on laisse encore des intérêts propres. (V. articles 1846, al. 2 et 1852 du Code civil.)

Au moyen âge, les associations de tous genres ne manquaient pas (1), et parmi elles, notamment, les communautés taisesbles, communautés de fait et spontanées, nées le plus souvent de l'état d'indivision qui n'est lui-même qu'un prolongement de la vie de famille, avaient pris une grande extension. Or, on ne dut pas y méconnaître longtemps la pratique des récompenses, surtout lorsqu'elles commencèrent à perdre de leur universalité. Au surplus, le système devait pouvoir s'y appliquer sans entrave : point d'obstacles, comme dans la société conjugale, résultant des pouvoirs du mari, seigneur et maître de la communauté ; nous l'avons vu,

(1) V. Beaumanoir, ch. xxi.

l'article 6 de la coutume de Nivernais, au titre des Communautés et Associations (1), prévoyant d'abord l'hypothèse où des constructions auront été faites sur le propre de l'un des communistes, pose le principe d'une récompense, qu'elle refuse en second lieu pour le même cas entre gens mariés. Mais, tout au plus, y aura-t-il à tenir compte de la bonne harmonie qui doit régner entre frères, pour ne pas calculer le montant de la récompense selon la plus stricte équité ; et même nous dit le texte, « si l'héritage a été seulement réparé, ladite réparation appartient au parsonnier à qui il est sans charge de remboursement ».

De même, si l'un des communistes a fait l'acquisition, par retrait ou autrement, d'un bien de famille, il devra, nous dit la coutume précitée, indemniser ses « parsonniers » de la part qui leur revient dans le prix (2).

C'est donc bien de l'idée de justice à introduire dans toute société que procèdent les récompenses ; mais ce n'est que peu à peu qu'elles apparaîtront sous l'empire de besoins nouveaux ou de circonstances jusqu'alors inconnues ; de plus, en ce qui concerne la société conjugale, il y aura à tenir compte de cette idée, que c'est une société ayant toujours le même chef légal, c'est-à-dire invariablement imposé par la loi aux parties qui ne sont pas libres de la modifier sur ce point, et qui est le mari.

C'est ainsi qu'une des premières applications du système des récompenses nous paraît avoir été faite dans l'intérêt de la femme, pour la protéger contre un gouvernement peut-être égoïste du mari.

C'est d'ailleurs là une idée qui, de tous temps, a beaucoup préoccupé le législateur : il y avait à Rome la loi Julia et le Velléen auxquels Justinien ajouta l'hypothèque tacite ; notre très ancien droit coutumier ne méconnaissait pas non plus certaines garanties : toujours à deux, c'était au moins un usage, nous y voyons les époux agir soit pour disposer d'un

(1) Texte cité précédemment.

(2) V. coutume de Nivernais, art. 7 et 8 des Communautés et Associations.

conquêt, soit pour faire une acquisition nouvelle ; bien plus le mari, à cause du douaire, ne pouvait même pas aliéner ses propres sans le concours de son épouse (1). De bonne heure on permettra à la femme de se soustraire aux dettes en renonçant aux meubles ; plus tard, vers le xvi^e siècle, elle ne sera tenue qu'*intra vires*, si elle accepte ; enfin l'on ira même, si sa dot est mise en péril, jusqu'à lui donner le moyen de se retirer de l'association.

Or, pourquoi cette idée de protéger spécialement la femme contre l'influence ou un gouvernement abusif du mari, n'aurait-elle pas aussi poussé à certaines récompenses dans son intérêt ; et encore aujourd'hui, cette idée ne se manifeste-t-elle pas par des conséquences importantes :

1^o Les prélèvements de la femme s'exercent avant ceux du mari. (Article 1471 — 1^o du Code civil.)

2^o En cas d'insuffisance du fonds commun, celle-ci (ou ses héritiers) pourra se payer de ses reprises, même sur les biens personnels de son époux. (Article 1472 — 2^o.)

3^o Et ce paiement sera garanti par l'hypothèque légale. (Articles 2121, al. 1 et 2135 — 2^o.)

4^o Enfin lorsque la femme s'est engagée solidairement ou conjointement avec son mari, elle n'est réputée à son égard s'être obligée que comme caution. (Article 1431.)

Et c'est bien ce qui résulte de quelques textes que nous avons eu déjà l'occasion de voir : « Quand homme et femme sont obligés en un même contrat et chacun pour le tout, dit la Très ancienne coutume de Bretagne (2), l'exécution doit être faite sur les biens du mari tout premier..... » ; puis elle nous en indique clairement la raison : « Pour ce que la femme est déraisonnable et de faible nature, et qu'elle et

(1) Beaumanoir, ch. xxi, n^o 2 et la Très ancienne coutume de Bretagne qui en plusieurs endroits, nous dit que « la femme est aussi grande par coutume en ce que son mari acquiert durant le mariage entre'eulx comme est le mari... » V. notamment le ch. 211 (au milieu de la page 215) texte que nous rapportons ci-après.

(2) Ch. 312 précité.

toutes ses choses sont au gouvernement de son mari, qui la peut faire obliger par là où il veut. »

Ne devait-on pas craindre également que la femme ne se laissât entraîner par son époux à quelques sacrifices de ses intérêts propres, plutôt que l'inverse. Lebrun (1), dans les raisons qu'il nous donne du remploi légal établi par l'article 232 de la coutume de Paris, note cette considération, qui ressortait suffisamment de l'ancien proverbe : « Le mari doit se relever trois fois la nuit pour vendre le bien de sa femme. » Remarquons aussi la coutume de Bretagne, qui, prévoyant le cas où un mari aura vendu le propre de son épouse, du consentement de celle-ci (2), dispose qu'il devra (ou ses héritiers) l'en dédommager sur son propre héritage : « Du consentement de son épouse » par conséquent alors même que le mari n'a commis aucune fraude ; « il devra l'en dédommager sur son propre héritage » le texte n'ajoute pas que, si c'est le propre du mari qui a été vendu, une récompense lui soit due de ce chef sur le bien de sa femme, il n'y a pas la moindre allusion à cette hypothèse. Bien plus l'article 419 de l'ancienne coutume de Bretagne rédigée en 1539, reproduit le chapitre 315 de la Très ancienne ; et ce n'est qu'à la réformation en 1580 qu'on complétera cet article par l'article 440 qui, prévoyant l'hypothèse où un mari ayant aliéné l'un de ses propres, pose en sa faveur le principe d'une récompense pour le prix tombé en communauté (3).

Enfin la tendance de plus en plus marquée à étendre les pouvoirs du mari sur les conquêts dut pousser encore davantage aux récompenses dans l'intérêt de la femme. C'est à cette idée que paraîtrait assez bien se référer une disposition singulière de la Très ancienne coutume de Bretagne (4) qui

(1) Traité de la Communauté. Liv. 3, ch. II, sect. 1, dist. 2, n° 8.

(2) « Si le mari lui avait fait vendre son héritage » ch. 315 de la Très ancienne coutume de Bretagne. — « Si le mari du consentement de sa femme ou le mari et la femme vendent... » art. 438 de la coutume réformée.

(3) V. ce texte que nous rapportons plus loin.

(4) V. ch. 211 ligne 18. — « Le pere pout faire l'assiette du mariage ses filles en ses conquestz, et ou cas que le père mourroit ainz que la mère, le hoir

pose le principe d'une récompense pour un cas où précisément il n'y en aurait pas aujourd'hui (1).

Il semble bien résulter de ce texte que le mari peut librement disposer des conquêts de la communauté, tout au moins pour en doter un enfant commun, sauf récompense qui, de ce chef, sera due à sa femme, « car par coutume, elle est aussi grande que lui, en ce qu'ils acquièrent durant leur mariage.... ».

Et, en effet, en rendant la maîtrise du mari plus absolue sur les biens communs, ne lui avait-on pas ainsi donné tentation et moyen de les employer à son avantage. Ce n'est là toutefois une idée, qui ne dût se dégager complètement qu'assez tard, sous la double influence de la doctrine et de la jurisprudence; car les pouvoirs du mari, comme chef de la communauté, s'opposeront longtemps, pour les différentes hypothèses auxquelles nous faisons allusion, à l'introduction d'une récompense légale. L'article 6 de la coutume de Nivernais (2), rédigée en 1534, nous en a déjà fourni la preuve; et son célèbre commentateur cherche à le justifier en imaginant de dire (3) que si le mari « est homme qui par son industrie propre et sans l'aide de sa femme fasse de grands gains, comme un avocat, ou un procureur, ou autre homme d'excellent savoir en son art, il y a moins d'inconvénient et plus de raison et d'équité en l'observance de cet article », c'est-à-dire en ce que le mari ne soit tenu à aucune récompense en raison des améliorations qu'il a faites sur ses propres, comme s'il y a fait élever des constructions pendant le mariage.

Cet obstacle disparaîtra pourtant lorsqu'il aura été admis, en principe, que si le mari peut disposer des meubles et con-

principal au père est tenu à resconpassionner la femme au père de ce que li en pourrait appartenir quar la femme est aussi grande par coustume en ce que son mari acquiert durant le mariage entr'eulx comme est le mari, pour tant qu'ils aient esté an et jour ensemble par mariage. »

(1) V. article 1422, al. 1, *in fine* du Code civil.

(2) Article 6 au titre des Communautés et Associations.

(3) V. Guy-Coquille sur cet article.

quêts à son plaisir et volonté, ce devait être sans fraude, c'est-à-dire sans les détourner à son profit exclusif (1). C'est alors que l'on conçoit bien, sous l'influence de cette même idée qui tout d'abord s'était fait jour relativement aux actes de disposition à titre gratuit (2), puis s'était ensuite développée à propos de tout acte de disposition de biens communs, l'introduction, grâce à la jurisprudence des parlements, des récompenses destinées spécialement à protéger la femme contre des emplois de fonds communs opérés par le mari dans son intérêt exclusif (3). Le mari a-t-il, par exemple, doté un enfant d'un autre lit avec des biens de la communauté, on commencera par annuler la dotation (4) ; mais plus tard on la déclarera valable, sauf récompense. De même a-t-il fait bâtir sur ses héritages, évidemment les constructions lui appartiendront, mais il devra indemniser sa femme ou ses héritiers, pour l'argent qu'il aura pris à cet effet dans la caisse commune (5).

Il serait manifestement impossible aujourd'hui de prétendre expliquer les récompenses dues à la femme ou à ses héritiers par l'idée de prémunir celle-ci contre la maîtrise presque absolue de son mari. Le système des récompenses repose sur une toute autre base : théoriquement, le mari a tout autant de reprises à exercer que sa femme, et il n'y a de différence que quant au mode de prélèvement et que quant à la sûreté qui garantit celles de la femme.

Il y a, toutefois, un cas où la loi établit de plein droit une récompense en faveur de la femme : c'est celui de l'article 1431 du Code civil, et nous en avons trouvé un précédent lointain dans la Très ancienne coutume de Bretagne (6). Et en-

(1) Ne serait-ce pas là d'ailleurs l'application pure et simple d'une règle générale en matière de société. (V. article 1856, al. 1 du Code civil et articles 271 et 272.)

(2) V. article 107 de l'ancienne coutume de Paris (article 225 de la coutume réformée).

(3) Ferrière sur l'article 232 n° 3 ; Chopin *De moribus Parisi*, liv. 1, tit. 1, n° 24.

(4) Ferrière sur l'article 225.

(5) Lebrun. Œuvre citée, dist. x. n° 3.

(6) Ch. 312.

core dans cette hypothèse s'agit-il vraiment de la théorie des récompenses ! D'après l'interprétation généralement admise de l'article 1431, il ne ferait, en définitive, que consacrer un retour aux principes généraux, contenus en les articles 1216, 1483 et 1494.

Quoi qu'il en soit, cette conjecture est bien en harmonie avec le développement général du droit sur les différentes mesures protectrices données successivement à la femme par la coutume, et qui paraissent toutes se fondre en cette idée, si nettement formulée par Dumoulin (1) : « *Maritus non potest onerare propria uxoris.* » Et de fait, il est assez clair, que sans un système de récompenses introduit au profit de son épouse et de ses héritiers, le mari eût été trop souvent porté à améliorer ses biens propres ou à imposer à celle-ci le sacrifice d'un immeuble lui appartenant.

Au surplus, considérant les choses sous un autre aspect, ne pourrait-on pas dire que c'est encore bien là l'idée de justice à introduire dans la société conjugale, se manifestant tout d'abord du côté de la femme, parce qu'elle est la plus faible, l'associée en sous-ordre, et en tout soumise à son mari, comme à son seigneur et maître.

Mais nous ferons une deuxième conjecture, qui, elle au moins, aura cet avantage, de donner au système des récompenses une même origine historique et théorique, en rattachant cette origine à un *point de vue d'équité* à introduire dans la société conjugale.

Le moment est enfin venu de citer les textes qui nous permettent d'avancer cette proposition ; ils ont, en outre, l'avantage de se référer à deux cas très importants : l'un relatif à la vente d'un propre, est un cas de récompense due par la communauté à l'un des époux, l'autre est celui où un propre ayant reçu des améliorations pendant le mariage, il est dû de ce chef récompense par l'un des époux à la communauté. Nous parlerons d'abord de ce dernier.

Un mari a élevé ou fait élever des édifices sur son héri-

(1) V, Dumoulin sur l'article 252 de la coutume de Poitou,

tage : à la dissolution de la communauté, nous dit la Très ancienne coutume de Bretagne, la femme ou ses ayants cause devront avoir la moitié de la valeur des matériaux. Inversement est-ce sur le propre de la femme que des constructions ont été faites, elle devra pareillement en dédommager son mari (1).

Il ne saurait donc être ici question de récompense dans l'intérêt de la femme, puisque l'auteur (2) en établit un également en faveur du mari (3).

Toutefois, on pourrait imaginer de dire qu'il ne le fait que par réciprocité ; mais qui le prouve, et ne serait-ce pas là un moyen par trop facile de se tirer d'affaire, après avoir admis comme point de départ ce qui n'est peut-être qu'une conjecture. D'ailleurs, une réciprocité ne s'établit pas sans motifs ;

(1) V. le ch. 215. — *Des édifices en fié partable que le mari fait en son heritage ou en le heritage sa femme.* — « Quant homme fait ediffices en son héritage ou en ceul à sa femme pour tant que le heritage soit fié partable, si le heritage est au mari les hoirs sa femme y devoient avoir la moitié après la mort de le ou le après la mort de lui, ainsi que les chouses seront prisagiées comme pierres en moncel, et le bois et le matere comme à emporter du lieu sanz compter façon, quar ils ne devoient pas avoir le heritage pour le moublage, et ils ne le pourroient que le emporter, et celui à qui le heritage seroit devoit avoir le meublage par le pris que il pourroit valoir à le emporter, et auxi les hoirs du mary en ce que seroit fait en le heritage de la femme. Et auxi, comme dit est aillours, le mari est seigneur des moubles.... »

(2) Ou les Auteurs, nous nous contentons de renvoyer sur cette controverse à l'édition critique de M. Planiol, page 8 et suivantes et au cours élémentaire d'Histoire du Droit Français de M. Esmein, page 732, note 3.

(3) Toutefois le texte que nous venons de rapporter, ne pose le principe d'une récompense, que si les améliorations ont été faites sur un fonds roturier ; faites sur fonds noble, n'y auront rien celui des époux, ou ses héritiers, qui n'en est pas propriétaire, dit formellement le chapitre suivant. C'est que, sans doute les roturiers plus besoigneux, devaient par cela même être amenés davantage à compter ; au surplus primitivement, un grand nombre d'ouvrages sur fonds nobles, intéressaient la sécurité publique ou avaient trait à une utilité commune ; ils pouvaient souvent aussi ne présenter qu'un caractère purement voluptuaire. (V. Hévin, sur les articles 601, 602 et 603 de la coutume réformée en 1580.) — Nous transcrivons le chap. 216.

« Des édifices que les nobles tont en leur héritage ou en ceul à leurs femmes. — Gientil homme peut faire en son héritage qui se gouverne noblement menoirs, moulins et autres édifices : sa femme ne se hoirs, n'y auront riens par coutume, si ce n'est en tant comme son doaire en sera plus valuable. Et si le mari fait faczons ou édifices en le héritage sa femme, pour ce que soit fait en fié noble, n'y prandront rien le mari ne ses hoirs. »

il faut donc tout au moins expliquer comment on en vint à établir la récompense réciproque.

Mais voici un texte encore plus significatif (1) : « Le mari et la femme, nous dit le Livre de Jostice et de Plet, ne sauraient avoir la possession des biens l'un de l'autre, sans une *juste* cause ... » Déjà ces derniers mots nous laissent entrevoir, que dans les dispositions qui vont suivre, il s'agit avant tout d'une idée de justice : « Si le mari a vendu la terre de sa femme, il peut faire contrepoids de la sienne par devant le juge » ; cela fait-il la moindre allusion à la conjecture que nous faisons il y a un moment, ou n'est-ce pas bien plus simplement cette idée que si la femme consent à vendre son héritage, il est équitable que le mari puisse aller trouver le juge, pour que celui-ci opère la récompense sur son propre bien. « Ou s'il veut vendre la sienne terre... il *doit* encore venir trouver le juge, pour que celui-ci établisse un contrepoids sur l'héritage de sa femme. »

Ce dernier trait est bien en harmonie avec cette idée, que nous émettions déjà dans l'introduction, que, selon toute apparence, c'était surtout pour le cas de la vente d'un propre que le besoin d'une récompense au profit de l'époux aliénateur devait se faire le plus tôt sentir. Le système des récompenses a pour point de départ la distinction du bien venu de famille qui lui est spécialement réservé. Or, voici cette réserve com-

(1) Li Livres de Jostice et de Plet. Liv. 12, ch. xvi. De la possession des biens de mariage et de la feme, pages 243 et 244.

§ 1. Adam dit : « A ce que li mariz et la feme ait la possession des biens li un à l'autre, il convient que il i aist juste cause : si comme se li mariz a vendu la terre sa feme, il pot fere contrepois de la soe, pardevant le juige ; ou s'il velt vendre la soe terre, porra par besoing ; et il est plus profiz au mariage de vendre sa terre que la sa feme.

Lors doit-il venir au juige, et requerre que il mette avenant remède, por le besoing de mariage, en avoir contrepois de l'éritage sa feme. Et li juiges doit regarder les personnes, et la quantité des enfanz, et le besoing : et lors, par le consoil de bones genz, doit le baillis otroier que li uns face retor à l'autre, et ait ferm et estable. Et si est ferm et estable ce que sera fet par tel manière, quant aucuns a doné de son héritage à ses enfanz a ans marier, et li autres n'en ait rien doné. Et ce doit estre fet avent, et par le juige, et en autres manières est nules.

§ 2. Li uns ne pot avoir la possession à l'autre, tant comme li mariage dure. »

promise, s'il suffit à l'un des époux de vendre son bien pour faire disparaître les droits de la famille sur ce bien. Sans doute il y aura le retrait lignager, mais cette vieille institution coutumière est ici tout à fait insuffisante, car une partie de la valeur de l'héritage des ancêtres sera perdue pour la famille, si le prix provenant de l'aliénation tombe sans récompense dans la caisse commune.

Telle est donc bien l'idée qui ressort de ce dernier texte que nous commentons : le mari, s'il est dans le besoin, pourra vendre son héritage ; — l'auteur prévoit que ce cas sera bien plus fréquent que le cas inverse, car ordinairement, on sait pourquoi, l'immeuble du mari sera plus avantageux que celui de son épouse — ; mais il *devra* venir trouver le juge pour que celui-ci opère la récompense. C'est donc toujours *le vieux principe de la conservation des biens dans la famille qui, jointe à l'idée de justice*, inspire la coutume pour lui dicter une récompense en faveur du mari ou plutôt de ses héritiers, plus généralement en faveur de celui des époux qui a bien voulu consentir à l'aliénation de son propre dans l'intérêt du ménage.

Le mot récompense n'évoque-t-il pas du reste, simple observation que nous faisons en passant, l'idée d'une compensation pour un sacrifice qui a été imposé, peut-être même d'une récompense pour un service rendu soit à l'association, soit à l'un des associés.

Quant au rôle du juge, il s'explique également dans l'intérêt de la famille (1).

Et ainsi se serait introduit le système des récompenses pour l'un des cas les plus importants, celui de la vente d'un propre. Ce qu'il est d'ailleurs bien plus naturel d'admettre que l'usage entre époux de certaines conventions de remploi lors de l'aliénation de leurs biens : de pareilles conventions se conçoivent peu dans ces temps encore primitifs, tout de

(1) Comparez sur ce point le chapitre 315 de la Très ancienne coutume de Bretagne (les deux dernières lignes).

« ... appelez ceulx qui sont à appeler deument davant justice à qui la cognoissance en appartendroit. »

simplicité franche et de confiance réciproque ; l'influence de l'esprit chrétien au moyen âge ne les aurait-elle pas d'ailleurs empêchées en inspirant aux époux un mutuel dévouement dans l'intérêt commun. Sans doute ces conventions se produiront plus tard, elles apparaîtront aussi et peut-être plus encore dans les contrats de mariage ; mais c'est qu'alors on aura déjà pris l'habitude de distinguer avec plus de précision les intérêts propres des intérêts communs.

CHAPITRE II

Du développement du système des récompenses.

Nous achèverons d'abord le commentaire de l'article 232 de la coutume de Paris ; puis nous parlerons de l'influence romaine en cette matière ; nous indiquerons enfin, avec le développement des idées et le concours des circonstances qui devaient amener la généralisation des récompenses, le fondement juridique de cette théorie.

I

« Si durant le mariage on vend aucun héritage ou rente
« propre, appartenant à l'un ou à l'autre des conjoints par
« mariage, ou si la dite rente est rachetée, le prix de vente
« ou rachat est repris sur le bien de la communauté au pro-
« fit de celui à qui appartenait l'héritage ou rente, encore
« qu'en vendant il n'eût été convenu du emploi ou récom-
« pense et qu'il n'y ait eu aucune déclaration sur ce fait. »
Article 232 de la coutume de Paris, réformée en 1580. (Com-
parez article 1433 du Code civil.)

Nous avons fait déjà par anticipation bien des commentaires sur cet article ; aussi nous contenterons-nous d'y renvoyer. Un cas est cependant prévu qu'à peine nous avons effleuré en passant et sur lequel il convient maintenant de donner quelques mots d'explications : nous voulons parler du cas où une rente active propre à l'un des époux ayant été, durant le mariage, l'objet d'un rachat, il est dû récompense pour le capital ainsi remboursé et tombé dans la masse commune.

Il ne pouvait guère se présenter jadis, où pendant longtemps les rentes furent irrachetables, ce qui ne veut dire,

toutefois, que le rachat n'en pouvait être imposé au crédi-
rentier. Si donc l'un des époux titulaire d'une rente consen-
tait à en recevoir le remboursement, il pouvait, lors du
rachat, recourir à une stipulation de remploi analogue à
celle dont nous avons déjà parlé pour le cas de la vente
d'un propre.

A vrai dire, une stipulation de ce genre restait toujours
possible lorsque le rachat, au lieu d'être volontaire, devenait
forcé; mais entre ces deux hypothèses, il n'y en avait pas
moins une différence profonde que la jurisprudence ne man-
qua pas de faire; et voici comment, en effet, l'on pouvait rai-
sonner : lorsque l'un des époux a consenti à la vente de
son héritage ou au rachat d'une rente qui lui était propre,
s'il n'a stipulé un remploi, son silence doit s'interpréter en
faveur de la communauté à laquelle il a voulu rendre un ser-
vice désintéressé; si, au contraire, la vente ou le rachat était
forcé, une semblable présomption ne se faisait plus si bien :
la stipulation de remploi a pu être omise par négligence ou
timidité; quoi qu'il en soit, il y avait toujours à tenir compte
que dans un cas l'opération avait été libre, et que dans l'autre
elle était devenue une nécessité.

Aussi, ne nous étonnerons-nous pas de voir les parle-
ments parfois accorder le remploi, indépendamment de toute
convention sur ce point, en raison des circonstances, dont
l'une des premières prises par eux en considération fut pré-
cisément le caractère forcé de la vente: notamment du xv^e au
xvi^e siècle, les rentes constituées étant devenues rachetables
en principe, ainsi qu'un certain nombre de rentes foncières (1),
ce revirement dans la nature des rentes fut la source de nom-
breuses récompenses introduites par la jurisprudence (2).
Mais, encore ici, remarquons-le, c'est toujours le *point de vue*
de l'équité qui guide les tribunaux pour leur inspirer la

(1) V. une ordonnance de Charles VII de 1441 et une autre de Henri II de 1553 dans Isambert, t. 9, p. 91, et t. 12, p. 645.

(2) D'Argentré, coutume de Bretagne, article 419; Chopin. *De moribus Parisi.* liv. 1, tit. 1, n° 24; Brodeau sur Louet, lettre R, somm. 30; Loyseau : Des Offices vénaux, p. 293 (édit. 1660).

récompense : il était juste, en effet, que l'un des époux exposé malgré lui au rachat d'une rente qui lui était propre, pût exercer une reprise sur les fonds communs du capital qui, par suite du remboursement, s'y trouvait confondu.

L'article 232 de la nouvelle coutume de Paris posait donc le principe d'une récompense indépendamment de toute convention des parties, pour le cas où pendant le mariage, l'immeuble de l'un des époux ayant été vendu, ou la rente à lui propre ayant été rachetée, le prix d'aliénation ou le capital de la rente était tombé dans la caisse commune. L'article 192 de la coutume d'Orléans contenait une disposition analogue ; la coutume de Bretagne était également, sur ce point, complétée à la réformation par l'article 440 (1) qui établit en faveur du mari la récompense que l'ancien article 419 n'édicte qu'en faveur de la femme.

Ces règles se répandirent insensiblement en France (2) ; à la fin du ^{xvi}^e siècle et au commencement du ^{xvii}^e, elles devenaient le droit commun des coutumes muettes (3). Toutefois, certaines coutumes continuèrent encore à exiger une stipulation de remploi, au moins dans l'acte de vente ; telles furent, notamment, les coutumes de Sens (article 286) et de Bourbonnais (article 239).

Les auteurs et la jurisprudence ne tardèrent pas à étendre considérablement la portée de l'article 232 : on considéra, en effet, que non seulement la vente, mais encore que toute espèce d'aliénations devaient donner lieu à la récompense établie de plein droit par la loi. Ainsi, c'est une aliénation, nous dit D'Argentré (4), que la coupe des bois qui ne sont

(1) Art. 440 de la Coutume de Bretagne. — « Si le mari, constant le mariage, vend son héritage, et durant le même mariage fait acquêts, il sera récompensé de son héritage aliéné sur lesdits acquêts, paravant que la femme y prenne aucune chose. »

(2) Loyseau, *loco citato* ; Bourjon, Droit commun de la France, communauté, partie 6^e, ch. II, sect. 3, n° 26.

(3) Charondas sur l'article 232, de la coutume de Paris, f° 146 verso (édit. 1613).

(4) D'Argentré, *loco citato*.

point taillis (1), que la vente du fonds de la femme (2) pour les dettes mobilières auxquelles elle était tenue et qui sont tombées dans la communauté; de même, nous dit Pothier (3), « la dation en paiement, la donation rémunératoire, la donation onéreuse, l'aliénation moyennant une rente viagère, l'échange soit contre des choses mobilières, soit contre héritage s'il y a un retour, le bail à rente au cas où il est stipulé des deniers d'entrée » sont autant d'aliénations donnant lieu au remploi légal de l'article 232 de la coutume de Paris. En somme on avait fini par étendre le principe à toute espèce d'avantages acquis à la communauté aux dépens des propres de l'un des époux (4).

II

Nos anciens Auteurs rattachent tout particulièrement la disposition qui précède aux deux idées suivantes :

1° Une idée de protection en faveur de la femme, qui aurait poussé la jurisprudence à introduire une récompense dans son intérêt, toutes les fois que l'un de ses propres avait été aliéné durant le mariage. Nous nous sommes suffisamment expliqué sur ce premier point, pour n'avoir pas à y insister de nouveau ; rappelons seulement ici les principaux textes qui s'y rattachent (5).

2° La crainte des donations déguisées entre époux par le moyen de la communauté, dans les coutumes leur défendant de s'avantager pendant le mariage, qui aurait poussé à la récompense tant en faveur du mari qu'en faveur de la femme.

(1) Bourjon : idem, Droit commun de la France, Communauté, 6 partie, ch. II, sect. 3, dist. 2, n° 30 et suiv. ; et Lebrun, Communauté, p. 98, n° 2.

(2) L'article 419 de l'ancienne coutume de Bretagne que commente D'Argentré ne visait que l'hypothèse de la vente du fonds de la femme.

(3) Pothier, Traité de la Communauté, n° 593 à 597.

(4) Pothier, n° 585 et 607.

(5) Article 419 de l'ancienne coutume de Bretagne, comparé à l'article 440 de la coutume réformée ; Ferrière sur l'article 232, n° 3 ; Chopin, Lebrun, Loisel et Argou, *loco citato*.

Cette deuxième idée apparaît capitale à nos anciens auteurs, car aucun d'eux ne manque de la signaler (1).

En effet, étant donné cette prohibition, la communauté est, de sa nature, un moyen facile pour l'éluder, sans le système des récompenses : avant l'article 232 de la coutume de Paris, celui des époux qui voulait faire à l'autre une libéralité que la loi lui défendait, n'avait qu'à vendre son bien, qu'à consentir au rachat d'une rente dont il était titulaire, pour enrichir d'autant le fonds commun, et par suite faire indirectement une libéralité à son conjoint.

Il y avait là assurément une idée féconde qui aidera les auteurs et la jurisprudence à dégager dans notre ancien droit toute la théorie des récompenses : c'est en vertu de cette idée qu'on avait étendu, bien au delà de ses limites, l'article 232 de la coutume de Paris ; c'est encore elle qui amènera le développement des récompenses dues à la communauté ; car, pour celui des époux qui voulait faire à son conjoint, pendant le mariage, une libéralité indirecte, c'était encore chose facile que de lui laisser prendre, à cette fin, l'argent commun pour l'employer dans un intérêt personnel (2).

Si toutefois on va au fond des choses, ce n'est pas encore à cette idée, pas plus qu'à celle des récompenses introduites dans l'intérêt de la femme qu'il faut rattacher, au moins juridiquement, le système des récompenses.

D'abord, rien ne prouve qu'il y ait eu primitivement aucune prohibition de ce genre : Beaumanoir, dans l'énumération qu'il nous donne des dons non valables, ne mentionne pas les dons entre époux ; et si la pratique du don mutuel était ancienne en Bretagne, il apparaît bien qu'une donation

(1) D'Argentré sur l'art. 440 de la nouvelle coutume de Bretagne ; Ferrière, Brodeau, Loyseau, *loco citato* ; Argou, Institution au droit français, liv. 3, ch. xii ; Lebrun, Traité de la Communauté, liv. 3, ch. ii, sect. 1, dist. 2, n° 8 ; Renusson, Communauté, seconde partie, chap. iii, n° 4 ; Bourjon, œuvre citée, communauté, 6^e partie, ch. ii, sect. 3, n° 26 ; Pothier, Communauté, n° 585.

(2) D'Argentré sur l'art. 536 de la coutume de Bretagne ; Guy-Coquille. Questions et réponses sur les articles des coutumes, ch. xcvi ; Lebrun, œuvre citée, dist. 7, n° 12 et dist. 10, n° 3 ; Bourjon, œuvre citée, ch. iv, sect. 1, n° 1.

sans réciprocité et le testament, ne conférant toutefois l'un et l'autre qu'un droit purement viager, étaient également autorisés par la Très ancienne coutume de ce pays (1). C'en'était donc pas encore au XIII^e siècle, tout au moins la prohibition rigoureuse du droit ultérieur.

Au surplus, la prohibition des dons entre époux n'est qu'une conséquence ; il faut en rechercher la cause. Le droit romain qui ne fit jamais que de défendre l'irrévocabilité de ces donations, était parti d'une idée de méfiance, et par tant de protection, à l'égard des époux eux-mêmes, faisant redouter de la part de l'un ou de l'autre, soit un excès de tendresse lui dictant des libéralités exagérées en faveur de son conjoint, soit, ce qui était encore bien plus à craindre à cause des divorces fréquents, un excès de faiblesse lui faisant consentir, peut-être sous des menaces de rompre la vie commune, des libéralités qu'il n'était point dans son intention de faire (2).

Si ces mobiles sont de tous les temps, ils n'en perdent pas moins une grande partie de leur force dans une législation, qui, comme celle de notre ancien droit, proclamait en principe que le mariage est indissoluble. Ferrière, dans son Commentaire sur l'article 282 de la coutume de Paris, ne semble avoir aperçu que le point de vue romain ; nous croyons cependant que c'est à une toute autre idée qu'il faut rattacher, dans notre ancien droit, le principe de la prohibition des dons entre époux. En effet, tandis qu'à Rome ces donations restaient permises, sauf à être essentiellement révocables au gré du donateur jusqu'à sa mort, dans notre ancien droit au contraire la seule donation entre époux autorisée par la loi était enfermée dans des limites si étroites que cela équivalait presque à une prohibition de ces donations ; il y a dans ces législations un résultat différent qui accuse à coup sûr un point de vue différent : la prohibition des dons entre époux a été empruntée au droit romain par notre

(1) V. ch. 41 et 218 de la Très ancienne coutume de Bretagne.

(2) L. L. 1, 23 pr. au Digeste. *De donationibus inter virum et uxorem*. XXIV, 1.

ancienne jurisprudence, dont l'interprétation sur ce point fut d'ailleurs peu exacte et surtout très exagérée, pour réaliser plus complètement, dans la sphère du droit des gens mariés, le vieux principe de la conservation des biens dans la famille ; — le don mutuel d'une part de communauté seul maintenu et permis est un argument de plus à l'appui de cette idée.

Lorsque nos anciens auteurs alléguaient la crainte des avantages indirects, ce n'était là pour eux, en réalité, qu'un moyen de justifier la récompense dans les cas où il leur paraissait équitable de l'introduire, ils la rattachaient ainsi juridiquement à un principe de droit ; mais on ne saurait réellement asseoir sur cette seule base toute la théorie des récompenses.

Et d'abord nous disons que l'idée des libéralités indirectes expliquait mal les récompenses : en effet, peut-on dire qu'on a voulu avantager son conjoint parce qu'on a vendu un immeuble propre ? évidemment non, c'était peut-être une bonne occasion qui se présentait et qu'on n'a pas voulu laisser passer. Au surplus pareille allégation ne se conçoit plus du tout lorsque le fait générateur de la récompense avait un caractère de nécessité qui s'imposait, comme si la rente dont l'un des époux était titulaire était venu à être rachetée pendant le mariage, quand le rachat des rentes put être imposé au créancier, ou encore comme si des réparations nécessaires ou urgentes ont été faites sur le propre de l'un des époux.

En second lieu, la jurisprudence favorable aux récompenses et emplois pénétra même dans les pays où l'on permettait aux époux de s'avantager durant le mariage. « Quoique la disposition de l'article 232 de la coutume de Paris, nous dit Pothier, ait été principalement faite pour empêcher les avantages indirects entre mari et femme, elle a néanmoins été étendue même aux coutumes qui leur permettent de s'avantager : il a paru qu'il y aurait de l'inconvénient de permettre dans ces coutumes des avantages qui ne seraient pas l'effet d'une volonté expresse des parties (1). »

(1) Pothier, Communauté, n° 585.

Enfin l'on sait que, conformément au droit romain, le Code civil admet très bien la validité des dons entre époux, sauf à les déclarer essentiellement révocables (art. 1096) ; il serait donc impossible, dans notre droit moderne, de fonder la théorie des récompenses sur la prohibition des dons entre époux.

C'est donc bien à cette vieille tendance que l'on avait de conserver les propres dans la famille qu'il faut toujours remonter pour expliquer l'origine des récompenses ; c'est elle qui avait poussé nos anciens auteurs à tant vanter la jurisprudence romaine contre les dons entre époux, c'est encore elle qui poussera au système des récompenses. Mais en ce qui concerne ce système, cela revient à dire en dernière analyse, ainsi que nous l'avons suffisamment démontré dans notre introduction et dans le chapitre précédent (1), qu'il procède de l'idée de justice à introduire dans la société conjugale.

III

Le développement du système des récompenses a été intimement lié à une séparation de plus en plus nettement caractérisée des intérêts propres et des intérêts communs.

Et, d'abord, on a cherché à établir cette séparation dès le mariage même, par l'introduction de certaines clauses insérées dans les contrats de mariage et destinées ordinairement à équilibrer les apports respectifs des époux dans la mise en commun. C'est toujours là l'idée de la conservation des biens dans la famille, ce principe fondamental de notre droit coutumier, qui se développe et se manifeste dans les conventions matrimoniales dont nous venons de parler. Si nous nous plaçons en effet vers le xvi^e siècle, ce n'est plus, avec le progrès des richesses, avec l'habitude prise par les pères de constituer à leurs filles des dots plus fortes, à la vieille idée de la *terra* qu'il faut songer ; mais c'est avant tout les *fortunes*

(2) V. ce que nous avons dit à la fin de ce chapitre en commentant un texte du Livre de Justice et de Plet.

personnelles des époux que l'on prend désormais en considération ; et dès lors on s'applique à rétablir l'inégalité qu'il pourrait y avoir entre elles, en les excluant en tout ou en partie de la masse commune par le procédé de la communauté conventionnelle.

Notons seulement deux de ces clauses : la clause de réalisation et celle de séparation de dettes. Aujourd'hui, comme autrefois, leur but normal est de maintenir l'équilibre, au point de vue de la mise en commun, entre les fortunes personnelles des époux. La communauté tendait ainsi de plus en plus à se rapprocher du sens naturel de *quod simul collaboraverunt* qu'elle avait eu tout d'abord ; et de fait en combinant les deux clauses dont nous venons de parler, ce qui dans notre ancien droit coutumier avait souvent lieu, on réalisait effectivement la stipulation de communauté réduite aux acquêts dont l'usage est si fréquent aujourd'hui.

Or, seule la théorie des récompenses permet d'arriver à ce résultat : le mari a-t-il disposé de valeurs mobilières comprises dans une clause de réalisation, récompense sera due de ce chef à la femme ; la communauté a-t-elle payé une dette propre à l'un des époux, il devra l'en indemniser.

En second lieu, si les fortunes respectives des époux sont telles qu'il n'est pas besoin de recourir à ces conventions particulières, il y a toujours à séparer les biens leur restant propres de ceux tombant dans le fonds commun ; de là s'introduira l'habitude d'abstraire la communauté des intérêts du mari et de ceux de l'épouse, et de distinguer ainsi avec soin trois patrimoines : les patrimoines propres à chaque époux et le patrimoine commun. C'est alors que pour maintenir l'équilibre entre ces intérêts nettement délimités, on dégagera complètement cette fois la théorie des récompenses, notamment des récompenses dues à la communauté, qui ne pouvaient apparaître qu'avec l'habitude prise de poser celle-ci distincte des époux et de séparer avec plus de précision les intérêts propres des intérêts communs.

La théorie des récompenses est donc essentielle dans le régime de communauté, puisqu'elle a pour but d'y rétablir

l'égalité entre les intérêts propres de chaque époux, en faisant cesser les avantages qui naîtraient infailliblement, au profit de l'un et au détriment de l'autre, de leurs rapports multiples et de la confusion de leurs biens sous une même administration, celle du mari.

Il est vrai que lors des liquidations de communauté, les reprises à opérer au profit de l'un ou de l'autre des trois patrimoines, donnent lieu à des comptes compliqués et à de sérieux embarras pour les notaires ; mais, ainsi que cela résulte suffisamment de tout ce que nous venons de dire, il n'y aurait, pour les éviter, d'autre remède que de recourir à la communauté universelle (1), ce qui serait précisément aller à rebours de cette tendance, si nettement accentuée déjà au moyen âge et qui n'a fait que grandir jusqu'à nos jours, à distinguer les biens et les intérêts propres du fonds commun.

Mais tel n'est pas-là le seul fondement de la théorie des récompenses : il y a encore à tenir compte, dans notre droit moderne, de ce principe qui ressort des articles 1096 et 1595 du Code civil, que l'un des époux ne saurait être avantagé par l'autre, durant le mariage, qu'en vertu d'une donation essentiellement révocable ; plus simplement encore de cet axiome juridique que l'intention libérale ne se présume pas.

Rien, en effet, n'est moins certain que la volonté chez le conjoint, aliénant un propre sans stipuler un emploi ni une récompense, d'avantager ainsi son conjoint en enrichissant la communauté. D'une façon plus générale, on ne saurait présumer à ce point la volonté de s'avantager entre époux, qu'il faille interpréter comme une donation faite par l'un à l'autre tout acte d'administration faisant entrer dans la caisse commune une valeur propre à l'un d'eux, ou *a fortiori* tout prélèvement d'une somme d'argent, dans l'intérêt de ses propres, fait par l'un des époux sur les deniers communs ;

(1) Au surplus même dans cette hypothèse, par le fait même qu'on peut encore trouver des intérêts propres, on ne saurait échapper complètement au système des récompenses.

il n'y a tout au plus qu'une simple avance faite à la communauté ou par elle.

Sous l'influence des idées dont nous avons parlé, la théorie des récompenses avait atteint son complet développement lorsqu'elle passa de l'ancien droit dans le Code civil. Celui-ci a toutefois encore introduit un nouveau cas, que nous tenons à mentionner dès maintenant comme faisant appel à d'autres principes; il a voulu que le mari tienne compte à la communauté des amendes qu'il a pu encourir comme conséquence d'un délit pénal par lui commis (article 1424).

Notre ancien droit ne connaissait pas cette récompense (1); c'est qu'en effet, dans l'esprit de nos vieux auteurs, le mari seigneur et maître peut disposer de la communauté, et que le seul fondement de l'indemnité à laquelle cette communauté puisse avoir droit, le cas échéant, c'est le bénéfice qu'il a tiré des actes par lui accomplis.

A ces règles l'article 1424 du Code civil a apporté une exception en ce qui concerne les amendes encourues par le mari et que la communauté ne supportera que sauf récompense; exception qui se justifie très bien par cette idée que les amendes sont des peines, et qu'en conséquence elles doivent exclusivement frapper le coupable (2).

(1) Pothier, Communauté, n° 248.

(2) Nous aurons du reste à revenir plus loin sur l'art. 1424 au sujet duquel nous n'avons pas encore tout dit.

CHAPITRE III

Extension de la théorie des récompenses aux dettes.

Nous étudierons d'abord cette extension aux dettes qui ne concernant qu'un intérêt propre, ne doivent pas rester définitivement à la charge de la communauté ; nous parlerons en second lieu du recours exercé soit contre la communauté, soit contre son conjoint, par celui des époux qui a acquitté une dette dont il était débiteur personnel, mais qu'il ne doit pas supporter à lui seul.

I

Cette extension des récompenses aux dettes des époux devait nécessairement se produire lorsque s'introduisit dans les mœurs l'habitude d'insérer dans les contrats de mariage la clause de séparation de dettes, ou toute autre analogue, comme celle d'apport qui la contient implicitement ; mais, indépendamment de cette hypothèse, on décidera, sous l'influence des idées que nous avons eu si souvent l'occasion d'émettre, que, toutes les fois que la communauté aura acquitté une dette ne concernant que l'intérêt exclusif de l'un des époux, elle doit en être indemnisée. L'on s'habitua ainsi peu à peu à distinguer les dettes qui sont complètement à sa charge de celles qu'elle n'est tenue d'acquitter que sauf récompense ; mais avant d'entrer dans les détails, rappelons la vieille règle « dettes charges des meubles » qui dominera toute cette matière. Toutefois il ne s'agissait ainsi que des dettes contractuelles ; et n'avaient pas ce caractère les rentes et autres charges foncières qui étaient bien plutôt considérées comme un surcens dû par l'immeuble qu'elles grevaient : de

là, la distinction des dettes mobilières et des dettes immobilières, ces dernières exclues de la communauté puisque le tréfonds des propres en était exclu.

Le Code civil a suivi cette tradition ; mais, étant donné la rareté des dettes immobilières dans notre droit moderne, notamment par suite de la mobilisation des rentes, la proportion qui, dans notre ancien droit, était assez équitablement observée dans la répartition de l'actif et du passif entre les époux et la communauté, n'est guère plus aujourd'hui qu'apparente, si les parties n'ont eu le soin de la rétablir par des conventions spéciales dans leur contrat de mariage.

Cette seule comparaison entre ce qu'on appelait autrefois et ce qu'on appelle dans la législation actuelle dettes mobilières, nous laisse déjà entrevoir *a priori* un besoin plus impérieux de nos jours du fonctionnement des récompenses pour les dettes ; cette observation se comprendra encore mieux en ce qui concerne l'extension de la théorie des récompenses aux dettes de successions échues à l'un ou à l'autre des époux au cours du mariage. Nous allons passer successivement en revue : 1^o les dettes des époux antérieures au mariage ; 2^o celles de successions à eux échues au cours de la vie commune ; 3^o enfin celles d'intérêt personnel par eux contractées pendant la durée de la société conjugale.

§ 1^{er}

Dettes des époux antérieures au mariage.

Primitivement toutes les dettes des époux antérieures au mariage tombaient dans la communauté : « Qui épouse le corps épouse les dettes » (1) ; ce qui toutefois, comme nous venons de le dire, ne s'entendait que des dettes contractuelles, les rentes et autres charges foncières étant considérées comme un surcens dû par l'immeuble qu'elles grevaient, c'est-à-dire comme des dettes immobilières.

(1) Loisel : *Institutes coutumières*, n^o 110, I, p. 148 (édition Dupin et Laboulaye).

Supposons donc le rachat volontaire ou forcé (quand le rachat put être imposé au créancier) d'une rente grevant le propre de l'un des époux : nous connaissons déjà le procédé, le rachat sera considéré comme conquêt (1).

Lorsque les ventes immobilières devinrent plus fréquentes, il pouvait arriver que l'un des époux n'eût pas encore payé, lors de son mariage, le prix d'un immeuble par lui acquis auparavant, ou qu'il n'en eût payé qu'une partie ; cette dette allait-elle tomber définitivement à la charge de la communauté ?

L'article 220 de la coutume de Paris ne faisant tomber en communauté que les meubles présents et futurs des époux et les immeubles par eux acquis durant leur mariage, on en avait conclu que les acquêts qu'ils avaient déjà faits auparavant leur restaient propres ; et cela alors même que le prix en fût encore dû, en tout ou en partie, au commencement de la vie commune, sauf dans ce dernier cas, le droit pour celui des époux qui ne pouvait prétendre à la copropriété de ces immeubles, de répéter la moitié des sommes tirées de ce chef du fonds commun (2).

Cela revenait donc à dire que la dette du prix d'un immeuble acquis par l'un des époux avant le mariage et non encore acquittée à ce moment, tombait en communauté, sauf récompense ; et il en était de même de celle du prix du contrat conditionnel dont la condition est arrivée pendant la durée de la société conjugale (3), ou encore de celle du supplément du juste prix du contrat rescindable pour lésion (4), passé avant cette époque par l'un des futurs époux.

Au surplus, partant du principe que les dettes mobilières des époux antérieures au mariage devenaient la charge

(1) Art. 119 de l'ancienne coutume de Paris.

(2) D'Argentré, cout. de Bretagne, art. 418, gl. 3, nomb. 4 ; Dumoulin sur l'art. 30 de la cout. de Paris, nomb. 187 ; Coquille sur la cout. de Nivernais, ch. 32, art. 2 ; Louet, lettre A, nomb. 3 et lettre T, nomb. 5 ; Lhommeau, Maxime 121.

(3) D'Argentré, cout. de Bretagne, art. 418, gl. 3, nomb. 9.

(4) D'Argentré, cout. de Bretagne, art. 418, gl. 3, nomb. 6 ; Renusson, Communauté, 1^{re} partie, ch. III, n° 51 ; Pothier, Communauté, n° 628.

commune (1) comme la contre-partie des meubles qui tombaient en communauté, l'on s'habituerait peu à peu à admettre la restriction *sauf la récompense* en faveur de cette dernière dans tous les cas où ces dettes concernaient un intérêt propre. Le mari, par exemple, doit-il encore lors du mariage le prix d'un droit immobilier par lui acquis auparavant, comme la constitution à son profit d'une rente ou d'une servitude active, dette mobilière tombant en communauté, sauf récompense (2); et de même s'il doit encore à ce moment des soultes de partage ou d'échange (3), le prix de réparations ou d'améliorations qu'il a fait faire à ses immeubles (4), ou des sommes qu'il a empruntées afin de s'acquitter d'une dette hypothécaire qui les grevait. « La communauté se compose passivement, dit l'article 1409 du Code civil : 1° de toutes les dettes mobilières dont les époux étaient grevés au jour de la célébration de leur mariage, sauf la récompense pour celles relatives aux immeubles propres à l'un ou à l'autre des époux. » Ces derniers mots, développés par l'article 1437 spécial à la théorie des récompenses, font allusion aux dettes des époux qui, ayant pour cause l'acquisition, le recouvrement, la conservation ou l'amélioration de leurs propres, ainsi que nous venons de donner des exemples de chacune de ces hypothèses, ne doivent pas tomber définitivement en communauté (5).

§ 2^{me}

Dettes de successions échues à l'un ou à l'autre des époux au cours de la vie commune.

Encore ici, pendant longtemps, l'on ne connaîtra guère que la vieille règle « dettes chargées des meubles », et la distinc-

(1) Art. 221 de la cout. de Paris.

(2) Ferrière, sur l'art. 220 de la cout. de Paris.

(3) Lebrun, Communauté, Liv. III, ch. II, sect. 1, dist. V, n° 27.

(4) Pothier, Communauté, n° 633.

(5) Comp. Pothier, n° 239.

tion des dettes mobilières et immobilières qui n'en était que la conséquence (1). Toutefois les auteurs ne manqueront pas de s'apercevoir que l'application pure et simple des principes n'était pas sans aboutir le plus souvent à un résultat fort injuste : une succession comprenant beaucoup plus d'immeubles que de meubles pouvant être grevée de beaucoup plus de dettes mobilières que de dettes immobilières ; et inversement une succession mobilière de dettes immobilières (2).

Aussi, les parties cherchèrent-elles peut-être tout d'abord à corriger elles-mêmes sur ce point la coutume, en réputant propres, dans leur contrat de mariage, les successions qu'elles prévoyaient devoir recueillir un jour (3) ; mais indépendamment de cette hypothèse, les auteurs admettront, tout en respectant les principes, que, si la succession échue à l'un des époux pendant le mariage est plus grevée de dettes mobilières qu'elle ne comprend de meubles, récompense sera due à la communauté pour l'excédent ; car, autrement, dira-t-on, est-ce au mari que la succession était échue, il aurait agi frauduleusement à son avantage en gardant les propres et en faisant payer les dettes à la communauté (4) ; était-ce au contraire à la femme, qui l'a acceptée avec son autorisation, il y aurait libéralité indirecte (5).

Comme nous le savons, c'est toujours aux deux mêmes idées que les auteurs recourent, lorsqu'ils veulent introduire les récompenses dans des cas nouveaux ; mais nulle part ailleurs qu'ici il n'apparaît plus aisément que ces raisons au fond n'en sont pas ; aussi Lebrun, prévoyant les hypothèses inverses, c'est-à-dire s'il n'y a point de propres et que la succession ne soit chargée que de dettes immobilières, dit-il plus simplement qu'il sera *juste* de les prendre tout entières

(1) V. Ferrière sur l'art. 221 de la cout. de Paris, parag. 3.

(2) Ferrière, *loco citato*.

(3) Poullain du Parc. Principes du droit français suivant les Maximes de Bretagne. Tome V, section 7, n° 62.

(4) Lebrun, Communauté, Liv. II, ch. III, sect. 2, dist. 1, n° 9.

(5) Lebrun, *Op. citato*, dist. 2, n° 4.

sur les meubles pour lesquels seuls la succession a été acceptée (1).

Ainsi donc tout en conservant les vieux principes, il y avait un acheminement considérable vers la règle beaucoup plus équitable, consacrée par les articles 1411 à 1418 du Code civil, de la proportionnalité des dettes selon l'actif recueilli par la communauté.

Telle était déjà l'opinion de Pothier pour les coutumes, qui comme celle de Paris, faisaient contribuer les héritiers aux différentes espèces de biens à toutes les différentes espèces de dettes, soit mobilières, soit rentes, à proportion de ce que chacun d'eux recueille dans l'actif de la succession (2). « Lorsqu'une succession est déférée dans ces coutumes à l'un des conjoints par mariage pendant sa communauté, et qu'elle est composée de mobilier qui entre dans la communauté et d'immeubles qui deviennent propres de communauté à ce conjoint;..... je pense, nous dit l'illustre jurisconsulte, que, dans ce cas, la communauté doit être chargée de la portion dans toutes les dettes, tant mobilières que principaux de rentes dus par la succession, dont la coutume, qui a déféré la succession, charge ce mobilier; et pareillement le conjoint, qui retient les immeubles de la succession comme propres de communauté, doit être seul tenu de l'autre portion des dettes, tant mobilières que principaux de rentes, dont la coutume charge les immeubles de cette succession (3). »

Le Code civil n'a fait que reproduire (pour toute la France bien entendu) ce point de vue d'autant plus rationnel aujourd'hui que les dettes immobilières sont devenues une rareté; toutefois, il ne s'est pas sans peine affranchi de la vieille tradition, qu'il reproduit inconsciemment sans doute, quand il dispose, article 1409 :

« La communauté se compose passivement : 1° De toutes

(1) Lebrun. *Op. citato*, dist. 1, n° 7.

(2) Art. 334 de la cout. de Paris.

(3) Communauté, n° 261, p. 315.

les dettes *mobilières* dont se trouvent chargées les successions qui échoient aux époux durant leur mariage. »

§ 3^{me}

Dettes d'intérêt personnel contractées par les époux pendant la durée de la société conjugale.

Les hypothèses où soit le mari, soit la femme autorisée de lui, soit tous les deux conjointement, contracteront des dettes de ce genre, sont évidemment multiples; aussi nous n'entreprendrons pas de les passer toutes en revue. Commençons d'abord par un cas relativement peu fréquent, celui où l'un des époux, remarié en secondes noces, constitue, avec l'argent commun, une dot à son enfant d'un premier lit.

Primitivement le mari, seigneur et maître des meubles, devait pouvoir en disposer, en ce cas comme en tout autre, sans avoir à ce sujet de compte à rendre à personne. Ne perdons pas de vue cependant que jadis les meubles étaient rares et inappréciés; et que d'autre part, le mari ne pouvant disposer des conquêts sans le concours de sa femme, celle-ci pouvait très bien ne pas consentir à ce que son époux constituât, au profit d'un enfant qui n'était pas d'elle, une dot en conquêts immeubles, au delà de la part revenant à celui-ci dans ces conquêts.

Lorsqu'on étendit les pouvoirs du mari sur les biens communs, l'on se préoccupa, ainsi que nous l'avons expliqué, de donner d'autres garanties à la femme : constituer une dot à un enfant né d'un précédent mariage, et cela avec les biens de la communauté, sera précisément regardé de la part du mari comme un agissement frauduleux au regard de son épouse, et la jurisprudence annulera la dotation (1). Mais à vrai dire ce n'était là qu'un moyen, en se fondant sur l'article 225 de la coutume de Paris, pour forcer l'enfant doté à rendre la

(1) Ferrière, sur l'article 225 de la coutume de Paris; Renusson, Communauté 1^{re} partie, ch. vi, n° 9.

moitié de sa dot (1), car un père ne commet pas une fraude, par cela même qu'avec les biens communs il dote son enfant d'un premier lit; aussi finira-t-on par reconnaître que la dotation est valable, sauf la récompense au profit de la communauté. D'ailleurs, on décidera de même par analogie, si la dot a été constituée au profit d'un enfant de la femme (2); car, si doter un enfant commun est un devoir, au moins moral, qui incombe aux deux époux également, doter un enfant d'un premier lit est une dette propre pour l'auteur de cet enfant, et en conséquence elle ne doit pas rejaillir sur son conjoint. L'article 224 de la coutume de Bourbonnais pose le principe d'une récompense pour le cas qui nous occupe, et l'article 422 de la coutume de Bretagne le sous-entend (3); cette règle fut universellement admise (4). (V. l'article 1469 du Code civil.)

Cette première hypothèse écartée, viennent naturellement à l'esprit les nombreux cas où une dette aura été contractée durant le mariage en vue de l'acquisition, du recouvrement, de la conservation ou de l'amélioration d'un propre.

Nous avons expliqué que les récompenses dues par la communauté avaient été vraisemblablement les premières à apparaître, et nous avons indiqué également les raisons invoquées par les auteurs pour expliquer juridiquement la disposition de l'article 232 de la coutume de Paris. C'est en invoquant ces mêmes raisons, que nous avons eu tant de fois l'occasion d'émettre, que l'on justifiera la récompense dans les cas où l'on jugera équitable de l'introduire, et notamment que l'on dégagera les récompenses dues à la communauté.

Ainsi le mari a-t-il fait des dépenses d'améliorations sur ses propres, on invoquera l'article 225 de la coutume de Pa-

(1) Poullain du Parc. Principes du droit français suivant les Maximes de Bretagne, tome V, ch. v, sect. 15, n° 158.

(2) Pothier, Communauté, n° 641.

(3) Article 422 de la coutume de Bretagne. « Le père peut faire assiette du mariage de ses filles, en ses conquests, sans le consentement de sa femme : et sans qu'elle en puisse demander récompense, si les filles sont du mariage d'eux deux. »

(4) Renusson, Communauté, 2^e partie, ch. III, n° 16.

ris, et l'on dira qu'ayant agi dans son intérêt exclusif, il peut être considéré comme ayant disposé frauduleusement des meubles communs. Est-ce à dire que ces améliorations allaient être considérées comme conquêts? Evidemment non, le seul vieux principe romain *cedificium solo cedit* s'y serait opposé (1) ; il ne restait donc plus que la ressource d'une indemnité au profit de la femme ou de ses ayants cause.

Au contraire, les dépenses ont-elles été faites sur le propre de celle-ci, il y a libéralité indirecte interdite en vertu de l'article 282 de la coutume de Paris. Doctrine et jurisprudence auront d'autant plus recours à cette idée, qu'elle se prêtait également bien aux récompenses dues en faveur de l'un ou de l'autre époux (2). L'article 603 de la coutume de Bretagne et l'article 272 de la coutume de Bourbonnais accordaient la récompense pour améliorations ; ils ne tardèrent pas à devenir le droit commun sous l'influence de ces idées que Pothier résume si simplement en ces termes : « Qu'un conjoint ne peut durant le mariage s'avantager, ni avantager l'autre, aux dépens de la communauté (3). »

A côté des dettes contractées par les époux, pendant la durée de la société conjugale, en vue d'assurer la conservation ou l'amélioration de leurs biens (grosses réparations faites à un immeuble propre, constructions élevées sur un terrain propre), citons de même celles contractées pour l'acquisition d'un bien devant rester propre (4), mais pour ces dettes, au lieu de recourir au système des récompenses, on usera pendant longtemps d'un autre procédé que nous connaissons : l'acquisition sera considérée comme conquêt, sauf règlement ultérieur ; ayant à revenir sur ces cas, nous ne faisons ici que les rappeler. En somme, la théorie des récompenses s'était étendue à toute dette de communauté ne concernant qu'un intérêt propre : l'un des époux exerçait-il le rachat d'un immeuble par lui vendu à réméré anté-

(1) Poullain du Parc, sur l'article 603 de la coutume de Bretagne.

(2) D'Argentré, Lebrun et Bourjon, *loco citato*.

(3) Pothier, Communauté, n° 634.

(4) Pothier, n° 627 et 629, al. 2.

rieurement au mariage, il en devra récompense à la communauté (1) ; et de même, s'il a fallu transiger, afin de consolider sur sa tête la propriété d'un bien qui lui était contestée (2), ou payer soulte de partage d'une succession échue à l'un des époux pendant la vie commune (3), ou encore, si l'on a voulu libérer un propre d'une servitude passive qui le grevait (4), ou faire à son profit l'acquisition d'une servitude active. Aussi Pothier, dans son Traité de la communauté, recherchant quand un conjoint peut être tenu, vis-à-vis de celle-ci, d'une récompense, pose cette règle générale : « Toutes les fois que l'un ou l'autre des époux s'est enrichi aux dépens de la communauté, il doit une récompense à cette communauté (5) ; » et, à sa suite, l'article 1437 du Code civil, après avoir essayé d'indiquer les principaux cas où une récompense peut être due à la communauté par l'un des époux, termine en posant le principe pour tous les cas où l'un d'eux a tiré un profit exclusif du fonds commun.

II

Inversement, il se peut que l'un des époux soit forcé de payer, pendant le mariage, une dette dont il est débiteur personnel, mais pour laquelle il a un recours, soit contre la communauté, soit contre son conjoint. Notre intention est de n'examiner ici que l'hypothèse où la femme s'est obligée conjointement ou solidairement avec son mari.

Primitivement le mari, seigneur et maître de la communauté, et seul détenteur des meubles, sur lesquels on avait fait porter de préférence les dettes (6), devait par cela même

(1) Lebrun, Communauté, Liv. 1, ch. v, sect. 3, n° 12 et 14; Renusson, Communauté, 2^{me} partie, ch. III, n° 10; Pothier, n° 628.

(2) Louet, lettre T, nomb. 5; Renusson, Communauté, partie 1, ch. III, n° 51; Pothier, n° 632.

(3) Lebrun, liv. III, ch. II, sec. 1, dist. 10, n° 2; Bourjon, Communauté, 6^e partie, ch. II, sect. 2, n° 8; Pothier, n° 629.

(4) Pothier, n° 638.

(5) N° 613.

(6) Beaumanoir, ch. LIV, n° 1, et xxxv, n° 2.

être seul exposé aux poursuites des créanciers pendant le mariage (1). Toutefois, si la femme s'était obligée avec son mari, il semble bien qu'il fût permis au créancier de la poursuivre également sur ses biens propres, même pendant le mariage, pourvu qu'il ait, au préalable, discuté ceux du mari. Le chapitre 312 de la Très ancienne coutume de Bretagne s'en explique formellement, et cette règle dut vraisemblablement se généraliser, au moins lorsqu'on se fut départi du vieux principe que les meubles étaient seuls à répondre des dettes (2).

Les époux s'obligeant conjointement, ce devait être là un cas assez fréquent au moyen âge où il y avait une tendance si marquée à la communauté de vie juridique des époux : « *Quod simul collaboraverunt, quod simul consumpserunt.* » Ceux-ci nous apparaissent toujours agissant ensemble, soit pour disposer d'un conquêt et même d'un propre, soit pour faire une acquisition nouvelle ; pourquoi n'en aurait-il pas été souvent de même, en fait sinon en droit, lorsqu'il s'agissait de contracter des obligations envers les tiers ?

Au surplus, à une époque où les sûretés réelles sont encore peu connues ou ne sont que difficilement pratiquées, le cautionnement, et notamment le cautionnement de la femme mariée en vue de procurer du crédit à son mari, était tout indiqué. Aussi notre ancien droit coutumier, non seulement ne connaissait aucune prohibition semblable à celle du sénatus-consulte Velléien à Rome, mais encore il saura toujours écarter, malgré la grande faveur dont jouiront, lors de la renaissance du droit romain, toutes les institutions de ce

(1) L'article 221 de la coutume de Paris ; l'article 430 et surtout l'article 434 de la coutume de Bretagne paraissent favorables à cette conjecture :

Article 430. « Quand homme et femme mariés, sont obligés en un même contrat, et chacun pour le tout, si on veut faire l'exécution constant le mariage, elle doit être faite sur les biens du mari tout premier. »

Article 434. « Si la femme auparavant le mariage était obligée, le créancier, après la dissolution du mariage, se pourra adresser à elle pour la dite dette : sauf à elle ou à ses héritiers, son recours à l'encontre des héritiers dudit mari par autant qu'ils y seront tenus. »

(2) Or voyez précisément à ce sujet le ch. 297 *principium* de la Très ancienne coutume de Bretagne.

droit, une institution contraire à son esprit et à ses tendances (1).

Si donc une femme mariée s'est obligée avec son mari, celui-ci sera le premier tenu de cette obligation, la femme en second seulement comme caution. Il y a là évidemment, ainsi que nous l'avons expliqué, une mesure de protection en sa faveur, par crainte de la quasi-omnipotence de son mari ; aussi à l'égard de celui-ci, la coutume assimile, pour ainsi dire et s'il est permis de s'exprimer de la sorte, la dette que la femme a contractée personnellement avec son concours à celle qu'il a contractée seul : l'une comme l'autre sont dettes de communauté, pour lesquelles le mari sera poursuivi intégralement pendant le mariage. Quant au droit de discussion accordé à la femme, il s'explique tout naturellement par cette considération qu'on ne pouvait songer à un recours de celle-ci pendant la durée de l'association conjugale, mais une fois le système des récompenses connu, il suffira de reporter ce recours à sa dissolution, pour permettre au créancier de la poursuivre, même pendant la vie commune, sauf récompense. (Comp. article 1431 du Code civil.)

(1) Or, il y a à ce sujet dans la Très ancienne coutume de Bretagne, une particularité digne d'être notée : la femme n'y pouvait *intercéder* pour autrui, sauf précisément pour son époux, son père, sa mère ou ses enfants : «... Quar femme ne se peut obligier pour autre, si ce n'est pour son père, ou pour sa mère ou pour son seigneur espoux ou pour ses enffanz,.. » ch. 327, page 301, ligne 29.

CHAPITRE IV

Le système des récompenses procédé de grande extension des propres.

Nous expliquerons tout d'abord comment, une fois connu, le système des récompenses servit à élargir la théorie des propres, au détriment du conquêt; faisant ensuite l'application de ce système à quelques hypothèses particulières, nous en ferons ressortir, à ce point de vue et à d'autres, toute l'utilité.

I

Au moyen âge, nous le savons, la notion de conquêt, par suite d'une poussée intense vers la communauté, était allée bien au delà de son sens naturel de *quod simul collaboraverunt*; notamment, l'usage s'étant répandu, lorsque l'on voulait faire une libéralité à l'un des époux, de la faire aux deux conjointement, l'immeuble acquis à titre gratuit pendant le mariage devenait commun; bien plus, au xiv^e siècle et à Paris, le propre est l'immeuble advenu à l'un des époux par succession directe ou par donation d'un ascendant, celui provenant de succession collatérale formant encore un conquêt.

Toutefois, en vertu d'une assimilation bien naturelle, on avait été amené de bonne heure à considérer comme propre de communauté tout immeuble possédé par les époux lors de leur mariage, soit qu'ils l'aient recueilli *ex alode parentum*, soit même qu'ils en aient fait autrement l'acquisition. Mais si sur ce point la notion du propre de communauté dépassait celle du propre de succession, il y eût inversement tendance à attacher, au moins pendant la durée de l'associa-

tion conjugale, le caractère de conquêt à des biens qui de leur nature auraient dû former originairement des propres : c'est ainsi que l'héritage advenu par retrait lignager à l'un des époux pendant le mariage formait un conquêt, bien qu'il fût en lui-même un propre de succession.

Cette tendance à élargir le domaine du conquêt provenait évidemment d'une idée exagérée de l'association ; toutefois le défaut d'un système de récompenses connu à cette époque n'y était-il pas aussi pour quelque chose, ainsi qu'il semble bien résulter de nos explications précédentes ; alors il y aurait eu cette particularité de deux institutions contraires se servant du même procédé en vue de fins différentes.

Avec l'habitude prise de séparer les intérêts propres des intérêts communs, on sera porté de plus en plus à restreindre la communauté dans les limites du *quod simul collaboraverunt* qui l'avait tout d'abord inspirée, et par suite à élargir la théorie des propres ; tendance vers laquelle on inclinera tout naturellement, à partir du jour où, étendant les pouvoirs du mari sur les conquêts, on lui permettra d'en disposer seul et sans le concours de son épouse. Tant que la coutume, en effet, nous présente les époux agissant à deux pour disposer d'un propre comme d'un conquêt, il importait peu d'attacher tel ou tel caractère à l'acquisition réalisée par les époux pendant le mariage ; il suffisait que celui du chef duquel elle avait eu lieu pût la prendre seul à son compte, une fois la communauté dissoute par la mort de l'un d'eux. — On conçoit même très bien le caractère de conquêt attaché à cette acquisition puisque, d'après la coutume primitive, elle est l'œuvre des deux époux agissant ensemble.

Mais une fois reconnu au mari le droit de disposer seul des immeubles communs, on ne tardera pas à apercevoir le danger couru par son épouse de perdre, sans avoir rien pu faire pour empêcher l'aliénation, un bien qui de sa nature était destiné à lui revenir. Aussi finira-t-on par admettre que ce bien, au lieu de former un conquêt provisoirement au moins pendant la durée de la société conjugale, serait propre *ab initio*, sauf récompense. Si donc désormais une ac-

quisition de ce genre a été faite pendant le mariage, du chef de la femme, seule, avec l'autorisation de son mari, elle pourra en disposer dans la suite, comme de ses autres biens propres.

Toutefois ce n'est pas sans peine que l'on parvint à ce résultat. Pendant longtemps encore les auteurs diront que le mari eût pu employer les fonds communs en d'autres acquisitions, qu'il lui était loisible d'en faire tel usage qu'il lui plaisait, voire même de les dissiper; qu'en conséquence il devait pouvoir disposer lui seul de toutes les acquisitions réalisées à titre onéreux pendant le mariage, sauf à la femme ou à ses héritiers à prendre entièrement à leur compte, celles ayant eu lieu de son chef et subsistant encore lors de la liquidation et du partage de la communauté (1).

La coutume prévoyait deux cas : 1^o celui où l'un des époux acquiert, au cours du mariage, un bien de famille; et 2^o celui où, pendant la vie commune, il exerce le rachat d'une rente grevant son héritage.

§ 1^{er}

Acquisition au cours du mariage d'un bien de famille.

Ce premier cas comprenait deux hypothèses bien distinctes :

a) Celle où l'un des époux exerce au cours du mariage le retrait lignager d'un immeuble vendu par l'un de ses parents (2) ;

(1) Renusson, Communauté, p. 1, ch. III, n^o 66 et 67; Lebrun, Communauté, liv. 1, ch. v, sect. 3, n^o 33.

(2) V. ch. 217 de la Très ancienne coutume de Bretagne. (Texte déjà cité.) Nous transcrivons l'art. 319 de la coutume réformée en 1580. « Quand l'achat des choses héritelles est fait durant le mariage en la prémesse de l'un ou de l'autre des mariés, et l'un d'eux décède, celui qui demeure, ou son hoir, peut mettre hors par prémesse, nonobstant l'appropriance, les hoirs du décédé, de ce qui aura été conquis en sa prémesse payant le mi-denier de la chose conquise, de ce qu'elle aura coûté à acquérir par le marché et pour les bans, vins et ventes, dedans l'an et le jour du décès : nonobstant l'appropriement fait par les dits mariés durant leur mariage. »

b) Celle où il fait l'acquisition d'un bien de famille dans lequel il avait des droits indivis, soit après adjudication sur licitation, soit en payant une soulte de partage à ses cohéritiers (1).

Ainsi que nous avons eu déjà l'occasion de le dire, l'immeuble ainsi racheté ou acquis pendant le mariage, avec l'argent de la communauté était conquêt, ce qui est bien naturel puisque, dans la coutume primitive, ce retrait ou cette acquisition ont été l'œuvre des époux agissant d'un commun accord.

Mais il était à désirer que cet immeuble pût être repris en entier, à la dissolution du mariage, par l'époux lignager ou ses ayants cause, puisque le retrait comme l'acquisition n'avaient eu d'autre but que de lui conserver ou de lui faire avoir un bien de famille. La coutume l'y autorisera donc, à la condition de rembourser à son conjoint la moitié du prix payé par la communauté ; et de ce qu'étant déjà propriétaire de la moitié de l'immeuble en question, il n'avait plus, en vue d'en faire l'acquisition intégrale, qu'à exercer le retrait de l'autre moitié, on disait anciennement que, dans cette hypothèse, il exerçait le retrait de *mi-denier* (2).

Tant que les époux disposeront ensemble de leurs conquêts, ce procédé sera sans inconvénient pour la femme, à peu près sûre de retrouver à la fin du mariage l'immeuble acquis de son chef pendant sa durée ; mais nous savons déjà qu'il n'en sera plus de même, à partir du jour où le droit aura été reconnu au mari de disposer seul des biens communs. Et de là, tendance à considérer, dans l'intérêt de la femme, l'acquisition comme propre *ab initio*, sauf récompense.

(1) V. ch. 40 (au milieu de la page 97) et ch. 220 (au milieu de la page 221) de la Très ancienne coutume de Bretagne. (Textes déjà rapportés) ; l'art. 319 que nous venons de transcrire ; et l'art. 442 de la même coutume : (Arg. des mots « droits naturels ». V. Poullain du Parc sur cet article, commentaire 4. On trouvera un peu plus loin la citation en entier de ce texte.)

(2) V. Très ancienne coutume de Bretagne et Beaumanoir, *locis citatis* ; art. 155 de la coutume de Paris et nos anciennes coutumes, notamment l'art. 319 sus-énoncé.

D'autre part, du côté du mari (ou de ses héritiers), n'était-il pas à craindre, avec ce système, qu'à la dissolution du mariage, il reprît l'immeuble acquis de son chef pendant la vie commune, ou au contraire le laissât pour compte à la communauté, suivant que l'opération avait été bonne ou mauvaise ; à ce deuxième point de vue, il importait encore de considérer l'acquisition comme propre *ab initio*, sauf récompense.

Laissons de côté le retrait lignager, devenu de plus en plus rare à mesure que l'on approche de la Révolution et qui était appelé à disparaître à ce moment, et occupons-nous seulement du cas où les époux ont, pendant le mariage, fait l'acquisition d'un bien de famille dans lequel l'un d'eux avait des droits indivis, soit en payant une soulte de partage à ses cohéritiers, soit après adjudication sur licitation. L'on imaginera de dire que les partages ne devant pas être regardés en droit français comme des titres d'acquisition, et que, d'autre part, les immeubles advenus aux époux par succession au cours de la vie commune formant des propres, l'époux héritier est censé avoir succédé seul à tous les immeubles mis dans son lot, qui, par suite, doivent lui rester propres, sauf récompense s'il y a eu soulte payée par la communauté (1). Même raisonnement si les époux, durant le mariage, se sont portés adjudicataires d'un immeuble vendu sur licitation dans lequel l'un d'eux avait des droits indivis, la licitation étant considérée comme un acte de partage de la nature duquel elle participe, ayant même objet et même fin, qui est de faire cesser l'indivision ; ledit immeuble sera donc propre, sauf récompense à la communauté, pour le prix d'adjudication qu'elle aura payé (2).

Restait enfin une hypothèse, qui se retrouve dans notre droit moderne, où l'acquisition sera encore considérée provisoirement comme conquêt, sauf règlement ultérieur. Seul

(1) Pothier, Communauté, n^o 140 et 629.

(2) Poullain du Parc, Principes du droit français, suivant les Maximes de Bretagne, ch. v, sect. 10, n^o 90 ; Bourjon, Communauté, 2^e partie, ch. x, sect. II, dist. 2, nomb. 11 ; et surtout Pothier, Communauté, n^o 145 et 629.

et sans mandat de son épouse, le mari s'est rendu adjudicataire sur licitation d'un immeuble dans lequel elle avait des droits indivis, ou il a acheté à ses consorts les portions leur appartenant dans ledit immeuble : Assurément cette opération ne pouvait former définitivement un conquêt, car c'eût été donner au mari le trop facile moyen, en tenant son épouse à l'écart, d'enrichir le fonds commun d'une spéculation, peut-être fort avantageuse, qui, de sa nature, s'offrait bien plutôt à celle-ci ; mais à un autre point de vue, il ne fallait non plus en faire un propre *ab initio*, car la femme n'ayant pas concouru à l'acte, il eût été contraire à ses intérêts et à l'équité, de lui imposer la propriété d'un bien qui pouvait ne pas lui convenir, et avait peut-être été acquis à des conditions désavantageuses ; il suit de là, que ce bien aura provisoirement le caractère d'un conquêt, sauf le droit pour la femme d'en empêcher, à titre conservatoire, l'aliénation pendant le mariage, et à sa dissolution, à le prendre pour son compte, si mieux elle ne préfère le laisser au compte de la communauté(1). (V. art. 1408, al. 2 du Code civil.)

§ 2^{me}

Dégrèvement, au cours de la vie commune, d'une rente ou autre charge foncière affectant l'immeuble de l'un des époux.

Primitivement, le rachat était considéré comme conquêt(2) ; nous nous en sommes déjà suffisamment expliqué pour ne pas avoir à y revenir de nouveau. Notons seulement que cette coutume n'était guère suivie, que si la communauté

(1) Bourjon, Communauté, 2^{me} partie, ch. x, sect. 2, dist. 2, nomb. 13.

(2) V. notamment l'art. 442 de la coutume de Bretagne que nous transcrivons : « Si les mariés, constant leur mariage, déchargent et acquittent l'héritage ou chose immeuble de l'un d'eux, de droits naturels, rentes, charges anciennes et devoirs réels dûs sur iceux, autres que ceux qui auraient été créés durant le dit mariage : la moitié des deniers employés aux dits acquêts et décharges sera rendue comme meuble par celui des dits mariés ou ses hoirs duquel l'héritage a été acquitté et déchargé. » Et les art. 244 et 245 de la coutume de Paris.

ne renfermait pas de quoi remplir l'époux créancier de ce qui lui était dû, et que, par suite, celui, débiteur de la rente, reprenait presque toujours son bien, à la dissolution du mariage, entièrement affranchi, en remboursant à l'autre la moitié du prix de rachat (1).

D'ailleurs, certaines coutumes, notamment celle de Nivernais (2), paraissaient bien admettre une solution différente de la coutume de Paris, et décider que la rente serait éteinte au moment même du paiement effectué par les époux pendant la vie commune; solution bien plus naturelle et plus conforme à la volonté des partis, qui avait été la libération de l'immeuble grevé, cet immeuble n'ayant ainsi cessé d'être propre, sauf la récompense à la dissolution de la communauté, pour le prix de rachat payé par elle.

II

La théorie des propres s'étendait donc en même temps que se généralisait le système des récompenses. Nous avons vu nos anciens auteurs considérer comme propre l'immeuble acquis par l'un des époux antérieurement à son mariage, alors même qu'il en était encore à ce moment débiteur du prix, pour le paiement duquel la communauté pourra être poursuivie, sauf récompense. Mais à côté de cette hypothèse sur laquelle tous s'entendaient, il y en avait d'autres un peu plus délicates, qui donnaient encore lieu à quelques hésitations : Ainsi, l'un des époux exerce au cours du mariage le rachat d'un immeuble par lui vendu à réméré antérieurement (3), ou bien il faut payer une somme d'argent en exécution d'une transaction faite afin de consolider sur sa tête la propriété d'un bien qui lui était contestée (4); dans ces cas

(1) V. Ferrière sur les articles précités de la coutume de Paris.

(2) V. articles 29 et 30 au titre des Gens mariés; et Coquille, Institution au droit français, page 203.

(3) Lebrun, Communauté, liv. 1, ch. v., sect. 3 nos 12 et 14; Renusson, Communauté, 2^e partie, ch. 3, n° 10.

(4) Louet, lettre T, nomb. 5; Renusson, Communauté, partie I, ch. III, n° 51.

et autres analogues, quelques auteurs pensaient encore que l'opération devait former un conquêt (1), mais la majorité inclinait bien plutôt à dire qu'elle restait propre à l'époux, pour le compte duquel elle avait eu lieu, sauf récompense de sa part au profit de la communauté, ce que l'on finit par admettre en principe, pour tout immeuble advenu à l'un des conjoints, en vertu d'un droit antérieur au mariage (2).

Tendance qui se généralisera toutes les fois que la communauté aura déboursé des fonds, soit pour dégrever un propre d'une servitude passive, par exemple, dont il se trouvait affecté (3), soit pour acquitter une dette relative à l'acquisition d'un propre, comme s'il a fallu payer une soulte de partage (4), ou exécuter les charges grevant une donation faite à l'un des époux avec la clause qu'elle lui resterait propre, plus fréquemment jadis l'immeuble à lui abandonné par un ascendant en avancement d'hoirie, sous la condition de prendre à son compte tout ou partie de ses dettes (5).

A un autre point de vue, la pratique des récompenses une fois introduite dans le droit, facilitera la circulation des biens et les partages ; dans ce dernier cas, en permettant de mettre dans le lot des époux ou de l'un d'eux, des biens en rapport avec leur situation ou avec leurs convenances.

Primitivement, faute d'un droit à récompense, on devait hésiter à se dessaisir d'un propre ; désormais, avec la jurisprudence nouvelle, pareille hésitation ne se rencontrera plus.

De même si le mari a acheté un office au cours de la vie commune, on ne manquera pas, s'il survit à son épouse, de lui

(1) Poullain du Parc. *Op. citato*. Tom. V, ch. v, sect. 10, n° 87 et suivants. Sur ce point comme sur d'autres, la jurisprudence bretonne restait donc stationnaire ; ce qui n'est pas sans étonner, car non seulement on ne la voit pas à la tête du mouvement en faveur des récompenses, comme on eût été en droit de s'y attendre, mais encore elle ne semble pas le suivre. Nous aurons du reste à revenir sur cette observation un peu plus loin.

(2) Lebrun, Communauté, liv. 1, ch. v, sect. 3, n° 1.

(3) Pothier, Communauté, n° 638.

(4) Pothier, n° 629.

(5) Pothier, n° 627.

permettre de le conserver, moyennant indemnité pour le prix d'achat (1).

Nulle gêne enfin d'attribuer à l'un des époux, dans le partage d'une succession, par exemple, à laquelle il est appelé, un lot moins fort, sauf soulte, puisque la soulte ne tombera en communauté que sauf récompense.

(1) Bourjon, Communauté, 2^e partie, ch. x, sect. 2, dist. 4, 26 ; Loyseau, Traité des Offices, livre 3, ch. ix, n^{os} 33, 34 et 36.

CHAPITRE V

Aperçu historique sur le montant des récompenses.

Nous exposerons d'abord les principes régissant cette matière ; nous en ferons, en second lieu, l'application à quelques hypothèses, qui, en raison des difficultés auxquelles elles peuvent donner lieu, doivent être examinées à part, ce que d'ailleurs nous ferons brièvement.

I

Il ressort aisément de l'histoire des récompenses que, par leur introduction dans la coutume, on a voulu avant tout, empêcher l'un des époux de *s'enrichir* par le moyen de la communauté légale, aux dépens de l'autre. Nos anciens auteurs avaient donc tout naturellement été amenés à proportionner le taux de la récompense à la mesure de cet enrichissement, et par suite à en poser les limites extrêmes, d'une part au préjudice éprouvé par la partie à qui la récompense est due, et d'autre part au profit retiré par celle qui la doit.

Que la récompense ne puisse en aucun cas excéder le préjudice souffert, c'est là un premier point qui va de soi, puisqu'elle n'est rien autre chose qu'une indemnité ; au contraire, il y a lieu d'expliquer que, dans certains cas, la récompense ne sera pas toujours de l'intégralité des sommes prises sur le fonds commun pour l'affaire particulière de l'un des époux et qu'elle doive se limiter au seul profit qu'il en a retiré.

Ecartons tout d'abord un bon nombre de cas où, sans hésitation, l'on doit considérer ce profit comme adéquat à l'appauvrissement subi par la communauté. Ainsi a-t-il été payé, au cours du mariage, une dette personnelle à l'un des époux, comme celle du prix d'un immeuble par lui acquis

auparavant, ou comme celle ayant eu pour but de doter un enfant d'un autre lit, ou enfin comme les dettes et autres charges grevant une succession immobilière à laquelle il se trouvait appelé pendant la vie commune, il va sans conteste que dans ces hypothèses et autres semblables cet époux s'est enrichi d'autant de ce qui a été acquitté en son lieu et place par la communauté.

De même, inversement, lorsqu'un propre a été vendu pendant la durée de l'association conjugale, et qu'il n'a pas été fait remploi du prix, tombé par suite dans le fonds commun, nul doute que la récompense au profit de l'époux aliénateur ne soit de ce prix, qui se trouve bien être à la fois la mesure de l'appauvrissement de cet époux et de l'enrichissement de la communauté (1).

Mais il n'en va pas toujours ainsi lorsque des impenses ont été faites avec de l'argent commun sur l'immeuble appartenant à l'un des époux. Mises à part celles d'entretien, évidemment à la charge de la communauté usufruitière des propres (2), l'on fut amené, dans notre ancien droit, à distinguer au point de vue qui nous occupe, trois catégories d'impenses :

- 1° Celles nécessaires à la conservation du bien ;
- 2° Celles simplement utiles, desquelles résulte une plus-value ;
- 3° Enfin celles de pur agrément ou impenses voluptuaires n'en ayant pas augmenté la valeur vénale ;

Et à décider : qu'en ce qui concerne les premières, il serait dû récompense de l'intégralité des sommes fournies par la communauté ; jusqu'à concurrence seulement du profit retiré quant aux secondes ; qu'enfin, il ne serait rien dû des dé-

(1) V. l'article 439 de la coutume de Bretagne que nous transcrivons : « Et aura la femme la récompense de l'aliénation de son propre, eu égard à l'estimation des choses vendues, du jour du contrat et consentement par elle prêté, et courra l'hypothèque sur les biens du mari dudit jour » ; et l'art. 232 de la cout. de Paris. Pothier, Communauté, n° 586, 587 et 588 ; comp. art. 1436, *in fine* du Code civil.

(2) Lebrun, Communauté, liv. 3, ch. II, sect. 2, dist. 7, n° 4 et 5 ; Renusson, Communauté, 2^e partie, ch. III, n° 12.

penses voluptuaires, sauf le droit pour la communauté de reprendre les ornements pouvant s'enlever sans détérioration.

Ainsi, quant aux dépenses nécessaires, l'on estimait que le profit retiré était invariablement de l'intégralité de ces dépenses, alors même que le bénéfice en fût perdu dans la suite par la survenance d'un cas fortuit, détruisant tout ou partie de l'immeuble pour la conservation duquel elles avaient eu lieu (1); car tout propriétaire tant soit peu soucieux de ses intérêts n'eût pas manqué de les faire, et, de même que pour l'acquittement de ses dettes personnelles, celui des époux, auquel cet immeuble appartient, s'est enrichi d'autant de ce que la communauté a payé à sa place.

Toutefois, encore ici, la jurisprudence bretonne paraît être restée stationnaire, en refusant, ainsi que le faisait déjà la Très ancienne coutume (2), toute indemnité à raison de ces impenses (3). D'ailleurs, que le vieil auteur, que nous avons eu tant de fois l'occasion de citer, n'y ait pas songé, nous ne croyons pas qu'il y ait lieu d'en être surpris, car on conçoit très bien qu'au temps jadis ces impenses n'aient pas apparu comme ayant enrichi celui des époux sur le propre duquel elles avaient eu lieu; tel du moins n'avait pas été leur but, et au reste, leur caractère de nécessité ne suffisait-il pas à écarter toute arrière-pensée de fraude ou de vue égoïste, notamment de la part du mari. Au surplus, n'était-il pas dans l'esprit de la communauté primitive, que les époux doivent s'entr'aider, et dès lors pourquoi aurait-on réclamé une indemnité à raison d'impenses faites sur un immeuble propre, dans le seul dessein d'en assurer la conservation; et cela d'autant mieux que le ménage en aura profité (4). Mais plus tard on considérera que c'est s'enrichir que de ne pas perdre, et on introduira la récompense.

Au contraire, en ce qui concerne les impenses simplement

(1) Lebrun, Communauté, liv. III, ch. II, sect. 1, dist. 7, n° 18; Bourjon, Communauté, 6^e partie, ch. IV, n° 3.

(2) V. le ch. 215 déjà transcrit.

(3) Arg. des mots: « Edifices faits de neuf » dans l'art. 603 de la coutume de Bretagne que nous rapportons plus loin. — V. aussi Poullain du Parc, *Op. citato*, Tome V, ch. V, sect. 22, n° 262.

(4) Comp. page 71, al. 2, et note 1.

utiles, c'est-à-dire impenses qui ne s'imposaient pas et dont le résultat final s'analyse en une spéculation, l'on pensa que le profit retiré par l'époux propriétaire de l'immeuble sur lequel elles avaient eu lieu, ne devait pas toujours s'apprécier d'après les sommes dépensées par la communauté pour les faire, mais seulement d'après l'augmentation de la valeur vénale de cet immeuble, quand la plus-value procurée par les travaux se trouvait rester inférieure à ce qu'ils avaient coûté. Nous touchons, il est vrai, à l'un des points les plus délicats du système, que l'esprit ne conçoit pas sans peine à première vue, et qui risque fort de n'être pas compris, si l'on ne prend soin de remonter aux principes mêmes d'où découlent les grandes lignes de l'histoire de la communauté et des récompenses.

L'article 1437 du Code civil offre, au point de vue qui nous occupe, quelque ambiguïté : La majorité des auteurs admettent, conformément à l'ancien droit, que dans cette hypothèse, la récompense n'est jamais due que jusqu'à concurrence de la plus-value procurée à l'immeuble amélioré, et que par suite, le taux de cette récompense ne sera pas toujours de l'intégralité des sommes tirées à cet effet du fonds commun, si la plus-value se trouve inférieure à ces déboursés.

Toutefois, certains interprètes prétendent que, même lorsqu'il s'agit de dépenses simplement utiles, la récompense ne cesse pas d'avoir pour objet, dans tous les cas, *la somme tirée des caisses de la communauté* ; comparant ainsi cette dernière à un *prêteur* étranger auquel importe peu l'emploi plus ou moins profitable donné à son argent.

Mais ce point de vue, absolument contraire à l'idée ancienne de la communauté, nous paraît être un véritable contre-sens historique : ne ressort-il pas, en effet, de tout cet exposé que, par l'introduction des récompenses dans la coutume, on cherchait avant tout, dans notre ancienne jurisprudence, à empêcher l'un des époux de *s'enrichir* aux dépens de l'autre ; n'est-ce pas là ce qui se dégage de nos vieux auteurs, lorsqu'ils cherchaient à rattacher le système des récompenses soit à l'idée d'un gouvernement peut-être égoïste

du mari, soit plus encore à celle des libéralités indirectes.

Et alors même que nous remonterons jusqu'à la véritable source des récompenses, qui est dans l'idée de justice à introduire en toute association, il y aura encore à tenir compte que la société conjugale diffère à tous égards d'une société ordinaire, notamment en ce qu'elle a toujours le même chef légal qui est le mari. *Vir caput*...

D'ailleurs même dans les vieilles communautés taisibles, la coutume guidée par des sentiments de bienveillance, de charité et d'assistance réciproque, n'obligeait celui des communistes sur le propre duquel des impenses d'améliorations avaient été faites, que jusqu'à concurrence de la plus-value dont elles l'ont enrichi (1). Or, à plus forte raison devait-il en être ainsi dans la société conjugale, où les liens qui unissent les époux sont autrement resserrés et que vivifiait encore l'idée du Sacrement.

Mais reprenant les choses à un point de vue moins élevé, le système des quelques auteurs modernes qui ont ainsi la prétention de rompre avec l'ancien droit, n'est-il pas très rigoureux, pour ne pas dire injuste, à l'endroit de la femme ? Ces auteurs n'ont pas été sans s'en apercevoir, aussi proposent-ils de distinguer selon que les impenses auront été faites sur le propre de l'épouse avec ou sans son assentiment. Ce n'est là selon nous qu'une subtile distinction peu en harmonie avec l'un des traits saillants de l'histoire des récompenses : l'idée de protéger la femme contre la quasi-omnipotence de son mari.

Au surplus, même ce dernier ne doit récompense des impenses d'améliorations qu'il a faites sur ses propres que jusqu'à concurrence de la plus-value qu'elles leur ont procurée : n'est-il pas le chef de la communauté, le seigneur et maître des meubles ? Il peut donc les employer à sa guise, leur donner telle destination qu'il lui plaît ; il peut même les dissiper,

(1) Art. 6 de la coutume de Nivernais au titre des Communautés et Associations. Bien plus, nous dit ce même texte, il ne sera rien dû s'il s'agissait de dépenses nécessaires : « si l'héritage a été seulement réparé, la dite réparation appartient au parsonnier, à qui il est, sans charge de remboursement. » — Observation que nous avons eu déjà l'occasion de présenter dans les débuts du II^{me} du ch. I^{er}.

les perdre ; or, faut-il donc que parce qu'il en a fait un emploi utile en les consacrant à améliorer ses biens, il faille se montrer plus sévère en lui demandant compte de la totalité des dépenses ? « Si le mari avait pris son passe-temps à jouer et eût perdu ses deniers, nous dit Guy-Coquille, on ne lui en demanderait pas récompense (1). » Ce serait là un résultat tout à fait différent de celui en vue duquel on avait jadis introduit les récompenses : celles-ci pendant longtemps, on le sait, et pour l'hypothèse qui nous occupe, paraissaient bien être méconnues, comme faisant échec aux pouvoirs du mari sur les meubles ; il suffit de rappeler le texte des Etablissements de Saint-Louis et celui de la coutume de Nivernais que nous avons rapportés au commencement de cette étude.

Plus tard on s'apercevra qu'il pouvait en résulter un enrichissement en faveur de l'un des époux et au détriment de l'autre ou de ses héritiers ; aussi, faisant appel aux idées auxquelles nous avons eu maintes fois l'occasion de faire allusion, l'on introduira la récompense pour impenses d'améliorations faites, pendant le mariage, sur le propre de l'un ou de l'autre des époux. Mais fallait-il pour cela dépasser le but, en fixant le taux de l'indemnité à la totalité des sommes dépensées, lors même qu'il n'y aura eu qu'une spéculation malheureuse, ne procurant à cet époux qu'un faible avantage ? Evidemment, c'eût été là une solution rigoureuse même à l'égard du mari, le plus souvent injuste quant à la femme, et dans tous les cas dépassant la fin en vue de laquelle on avait dans notre ancien droit introduit ces récompenses.

Il était donc communément admis par nos vieux auteurs que les récompenses pour impenses utiles n'étaient dues que jusqu'à concurrence de la mieux-value en résultant pour l'immeuble amélioré ; — mieux-value qui devait s'apprécier, pour la plupart, à la dissolution de la société conjugale (2).

(1) Sur l'article 6 précité.

(2) Dumoulin, sur la cout. de Montargis, chap. viii, art. 12 ; Coquille, Questions n° 94 ; Renusson, Traité des Propres, chap. iv, sect. 11 n° 4 ; Lebrun, Communauté, liv. iii, chap. ii, sect. 1, dist. 7, n° 15 ; Bourjon, *Op. citato*, Communauté, 6^{me} partie, ch. iv, sect. 1, n° 4 à 7 ; Pothier, Communauté, n° 635, 636 et 637.

Bien plus telle était déjà la solution admise par la Très ancienne coutume de Bretagne, dans le chapitre 215 que nous nous voyons obligé de transcrire à nouveau en partie :

« Quant homme fait édifices en son héritage ou en ceul à sa femme, pour tant que le heritage soit fié partable, si le héritage est au mari les hoirs sa femme y devroient avoir la moitié après la mort de le ou le après la mort de lui, ainsi que les chouses seront prisagiées comme pierres en moncel, et le boais et l'autre matere comme à emporter du lieu sanz compter façon, quar ils ne devraient pas avoir le héritage pour le moublage et ils ne le pourroient que le emporter et celui à qui le heritage seroit devoit avoir le meublage par le pris que il pourroit valoir à le emporter, et aussi les hoirs du mary en ce qui seroit fait en le héritage de la femme. » Il résulte bien de ce texte que la récompense, dans l'hypothèse qu'il prévoit, doit avoir pour objet la valeur des matériaux ayant servi à la construction des édifices, d'après estimation, non pas au jour où les époux en ont fait l'acquisition à cette fin, mais seulement à celui de la dissolution du mariage (1).

Au premier aspect il paraît assez singulier que l'on ne tienne pas compte de la valeur de l'ouvrage tout entier, ce qui comprendrait, outre les matériaux, le coût de la main-d'œuvre ; aussi D'Argentré (2) pense-t-il qu'il est malaisé de donner une bonne raison de la coutume de son pays ; et le fait est que, les choses ayant changé, on aurait pu à sa rédaction et surtout à sa réformation, ne pas se contenter de répé-

(1) L'article 603 de la coutume réformée en 1580 lève d'ailleurs tout doute d'interprétation en ajoutant les mots *par estimation*. Nous rapportons ce texte en entier pour que le lecteur en puisse mieux faire la comparaison avec la Très ancienne coutume sur ce point et sur un autre dont nous avons eu déjà l'occasion de parler.

« Quand homme fait édifice *de neuf* en son héritage ou en l'héritage de sa femme, pourvu que l'héritage soit partable, si l'héritage est au mari, les hoirs de la femme y doivent prendre la moitié *par estimation*, après le décès de lui, ainsi que les choses seront appréciées, comme pierre en monceau, et les bois et autres matières, comme à les emporter du lieu, sans compter autre façon. Et si l'héritage est à la femme, les hoirs du mari y prendront la moitié, à la raison ci-dessus. »

(2) D'Argentré sur l'article 536 de l'ancienne coutume de Bretagne.

ter ce que disait déjà la Très ancienne coutume ; mais attachons-nous à celle-ci afin d'en mieux pénétrer toute la portée juridique.

Au moyen âge les roturiers, gens de condition modeste, devaient bâtir souvent eux-mêmes ; voilà une première observation qui pourrait tout d'abord nous expliquer que, dans le calcul de la récompense, il n'était tenu compte que de la valeur des matériaux ; mais même si le mari a employé des ouvriers, ne perdons pas de vue qu'à une époque, où il n'était que dans les moyens d'un petit nombre de faire construire d'une façon durable, vu la modicité des ressources, celui des époux, sur le propre duquel des ouvrages avaient été faits pendant la vie commune, n'en devait le plus souvent retirer à sa dissolution qu'un enrichissement assez minime : quelles seront, en effet, au XIII^e et au XIV^e siècles, ces constructions élevées par des roturiers ? des maisons d'habitation ou des locaux destinés à l'exercice de leur industrie, notamment à la campagne, devant servir d'abri aux récoltes, aux bêtes et aux instruments aratoires... : le ménage en aura donc profité ; au surplus, faites à la hâte ou légèrement, ne seront-elles pas dégradées de vétusté, quand le mariage aura pris fin, surtout s'il a duré longtemps ? On comprend dès lors que l'auteur n'ait pas compris la main-d'œuvre dans le montant de la récompense, pour des ouvrages vieillis et menaçant ruine.

Quelle conclusion tirerons-nous de ces développements, si ce n'est la suivante : que la Très ancienne coutume de Bretagne, en fixant le taux de l'indemnité à la seule valeur des matériaux lors de la dissolution de la communauté, a entendu le limiter *au seul enrichissement* de l'époux propriétaire de l'héritage amélioré.

Deux siècles plus tard bien des transformations se seront accomplies dans l'ordre économique : les ressources auront augmenté, l'art de bâtir aura fait des progrès... ; dès lors ne faudrait-il pas, pour être exact dans l'appréciation de cet enrichissement, comprendre dans le montant de la récompense non seulement la valeur des matériaux, mais encore celle de la main-d'œuvre, en d'autres termes mesurer la récompense

d'après *la plus-value* procurée à l'immeuble par les travaux? Mais encore ici la coutume de Bretagne resta stationnaire; l'article 536 de la coutume rédigée en 1539 et l'article 603 de celle réformée en 1580 se bornent à reproduire à peu près textuellement le vieux coutumier. Et la jurisprudence bretonne, sans doute enchaînée par ces textes, aura peine à dégager une règle qui ne devait pas tarder à être admise par tout le monde (1).

Arrivant à la législation actuelle, et c'est notre dernier mot sur ce point, nous croyons que conformément à la tradition, ces principes doivent être suivis sous l'empire du Code civil, dont l'esprit se révèle clairement dans la disposition finale de l'article 1437 qui par ces termes « et généralement toutes les fois que l'un des époux a tiré un profit personnel des biens de la communauté, il en doit la récompense », nous révèle du même coup le principe et la mesure de l'indemnité.

Nous nous souvenons que le législateur de 1804 a introduit dans notre droit moderne un cas de récompense jusqu'alors inconnu : il a voulu que le mari tienne compte à la communauté des amendes qu'il a encourues comme conséquence d'un délit pénal par lui commis. (Art. 1424 Code civ.)

Si notre ancien droit méconnaissait cette récompense, c'est que dans son esprit, le mari seigneur et maître peut disposer de la communauté comme il l'entend, l'obliger même par ses délits, et que le seul fondement de l'indemnité à laquelle cette communauté puisse avoir droit, le cas échéant, c'est le bénéfice qu'il a tiré des actes par lui accomplis. Or, à ces règles l'article 1424 a justement dérogé en ce qui concerne ses amendes, non pas qu'il ait voulu adopter un point de vue différent de celui que, avec la majorité des auteurs, nous lui avons prêté sous l'article 1437, mais uniquement parce que les amendes sont des peines, qui doivent exclusivement frapper le coupable.

(1) Poullain du Parc, après D'Argentré, déclare que l'article 603 et les deux précédents sont contraires au droit commun de toute la France (*Op. citato*, tome V, ch. v, sect. 22, n° 262); et de là tendance des commentateurs bretons à les considérer comme inutiles. (V. notamment La Bigottière sur ces articles.)

Ainsi donc, aujourd'hui, la communauté ne supportera l'amende dont est frappé le mari, que sauf récompense ; mais que faudra-t-il décider pour les réparations civiles sur lesquelles la loi ne se prononce pas ?

Pas plus pour elles que pour les amendes, et toujours en vertu des mêmes principes, on accordait anciennement une récompense à la communauté (1). Mais que faut-il décider à notre époque avec le point de vue nouveau auquel s'est placé le législateur moderne.

Un certain nombre d'interprètes seraient d'avis d'y comprendre toutes les condamnations pécuniaires auxquelles peut donner lieu un acte illicite. Mais selon nous, c'est étendre le texte que nous commentons bien au delà de son esprit ; car nous ne croyons pas que le Code civil ait à ce point voulu rompre avec le vieux principe que la communauté doit supporter toutes les dettes du mari (2).

Eût-on enfin dû soumettre à la même règle toutes les réparations civiles, quelle que fût la source de leur provenance ; ou au contraire n'eût-il pas fallu distinguer entre celles dues à la suite d'une infraction à la loi pénale, peut-être à la suite d'une simple contravention, et celles qu'entraîne un quasi-délit ou un délit purement civil ? On conçoit que reculant devant ces distinctions, le législateur ait préféré laisser au compte de la communauté, selon le droit commun et selon la tradition, tous dommages et intérêts et autres condamnations pécuniaires, n'exceptant que les amendes, qui constituant seules de véritables peines donneront seules lieu à récompense.

II

Nous voudrions, dans un deuxième paragraphe, faire l'application de ces principes à quelques hypothèses particulières :

(1) Pothier, Communauté, n° 248.

(2) V. un arrêt de rejet de la Ch. civile de la Cour de Cass. du 9 déc. 1874, S., 75, I, 113, D., 75, I, 118.

1° Celle où un droit viager propre à l'un des époux a été aliéné, pendant le mariage, moyennant un prix qui est tombé en communauté ;

2° Celle où un immeuble propre a été aliéné moyennant une rente viagère.

§ 1^{er}

Aliénation d'un droit viager propre moyennant un prix qui est tombé en communauté.

Titulaire d'un droit d'usufruit sur un immeuble ou d'une rente viagère stipulée propre, l'un des époux a aliéné ce droit moyennant une somme d'argent qui est tombée en communauté ; on peut aussi supposer que ladite rente a été rachetée au cours de la vie commune : dans ces hypothèses y aurait-il lieu à un droit à récompense à son profit, et quel en sera le montant ?

Pothier, dans son Commentaire sur la coutume d'Orléans, proposait la distinction suivante : le mariage s'est-il dissous par la mort même de cet époux, il ne sera dû aucune récompense ; car il n'en résulte aucun appauvrissement pour ses héritiers, puisque de toute façon le droit eût été perdu pour eux (1). Toutefois dans un autre de ses ouvrages, le célèbre commentateur s'est écarté de cette solution (2), qui pourtant nous paraît bien conforme à cette idée que la récompense, n'étant rien autre chose qu'une indemnité, ne saurait excéder le préjudice souffert.

Nous n'admettons donc le droit à récompense dans cette première catégorie d'hypothèses, que si la société conjugale s'est dissoute par la mort de l'autre époux ; car alors, mais seulement, il est vrai de dire que son conjoint s'est réellement appauvri aux dépens du ménage. Quant au taux de la récompense, il s'appréciera naturellement d'après le profit retiré par la communauté, profit qui comprend le prix d'aliénation diminué de ce que celle-ci aura perdu en jouissance (3).

(1) N° 106 de l'Introduction au tit. 10 de la coutume d'Orléans.

(2) Comp. Communauté, n° 592.

(3) Pothier, Communauté, n° 592.

§ 2^{me}**Aliénation d'un immeuble propre moyennant une
rente viagère.**

Il n'y a pas ici à distinguer selon que le mariage s'est dissous par la mort de l'un ou de l'autre époux ; car de toute façon, si l'aliénation de l'immeuble n'eût pas eu lieu, il eût été repris à la cessation de la vie commune, soit par son propriétaire, soit par ses héritiers ; il y aura donc toujours un droit à récompense dans l'hypothèse qui nous occupe, mais quel en sera le montant ?

La communauté eût profité des revenus de l'héritage aliéné, elle ne s'est donc enrichie que de l'excédent des arrérages de la rente sur ces revenus ; et, par suite, c'est cet excédent qui fournira le taux de la récompense (1). Au surplus l'opération perdrait son caractère aléatoire, ce qui serait injuste, s'il pouvait être demandé compte à la communauté de la totalité du prix d'aliénation.

(1) Comp. Lebrun, Communauté, liv. 1, ch. v, sect. 2, dist. 2, n° 17 ; Bourjon, *Op. citato*, Communauté, 2^{me} partie, ch. xi, sect. 6, dist. 2, n° 37 ; Pothier, Communauté, n° 594.

CHAPITRE VI

Observations sur la nature de l'action en reprise.

L'on a pu remarquer, en lisant les vieux textes que nous avons rapportés au commencement de cette étude, la façon dont ils s'expriment pour accorder le droit à la récompense et qui est un peu différente de celle que nous employerions aujourd'hui : à notre époque, nous dirions récompense pour ou contre la communauté ; mais jadis l'on disait plus simplement encore, récompense sur le bien de l'autre époux. Ainsi reprenons Justice et Plet : si le mari a vendu la terre de sa femme, il peut faire contrepoids de la sienne par devant le juge, et inversement s'il a vendu sa propre terre, il devra encore venir vers celui-ci, pour qu'il opère la récompense sur celle de son épouse(1) ; et la Très ancienne coutume de Bretagne, se plaçant dans l'hypothèse de l'aliénation du bien de la femme, nous dit également que le mari devra l'en dédommager sur son propre héritage(2). A cette différence de langage ne correspondrait-il pas aussi une différence, quant au fonds ? tel est le point que nous voudrions examiner maintenant.

L'une des conséquences de la pratique des récompenses a été de faire poser nettement la distinction de trois patrimoines, placés sous la même administration, celle du mari, ayant chacun leur comptabilité et leur balance respective de créances et de dettes et ne devant pas s'enrichir les uns aux dépens des autres : d'une part le patrimoine commun, et d'autre part les deux patrimoines propres.

Or, primitivement, alors que les récompenses sont à peine connues, on ne sait pas encore abstraire dans le langage juridique, et poser ainsi la communauté distincte des époux ; cela ne viendra que plus tard, lorsque la théorie sera plei-

(1) V. l'unique texte que nous en avons rapporté à la fin du premier chapitre de cette étude.

(2) V. ch. 315.

nement dégagée, sans jamais aller toutefois jusqu'à faire de la communauté une personne morale, comme l'ont prétendu quelques auteurs modernes. Ainsi donc, jadis on voyait bien plutôt *créance entre époux* que *récompense pour ou contre la communauté*; et cette première observation nous explique pourquoi les vieux coutumiers que nous venons de citer, ont employé des expressions quelque peu différentes des nôtres, pour marquer l'exercice du droit en reprise.

Au surplus, nous croyons à propos de faire une deuxième remarque. Il nous semble que la coutume, en disant que *l'un serait récompensé sur le bien de l'autre*, n'avait par là d'autre but que d'indiquer le moyen le plus simple alors d'effectuer le paiement de la récompense : pouvait-on en effet, à une époque où le numéraire était rare, songer à une indemnité en argent ? eût-il donc fallu aussi recourir à la vente du mobilier commun pour permettre à l'époux créancier de se payer sur le prix ? évidemment non, mais il allait bien plutôt de soi de penser à un dédommagement sur le patrimoine de son conjoint. Ainsi, par une association bien naturelle, la coutume ne se contentait pas de poser le principe d'une récompense, mais elle se préoccupait du même coup d'en faciliter le paiement ; et de là est sans doute venu que les mots *récompense et emploi* sont deux expressions que nos anciens auteurs prennent constamment l'une pour l'autre.

Mais suit-il de là que l'action en reprise ait eu originellement le caractère d'une action réelle et immobilière ? il nous paraît d'autant plus intéressant de toucher quelque peu à ce côté de l'histoire des récompenses, qu'il ne s'est pas trouvé sans écho dans notre droit moderne.

Tout d'abord l'affirmative semblerait bien résulter des commentateurs de la coutume de Bretagne, dont l'article 438 pose : que si le mari a vendu le propre de son épouse, du consentement de celle-ci, elle devra en être récompensée sur les conquêts faits pendant le mariage et même au besoin sur les immeubles de son époux (1). Et de fait, nous pensons qu'il en

(1) Art. 438 de la cout. de Bretagne. « Si le mari du consentement de sa femme, ou le mari et la femme vendent, ou autrement aliènent l'héritage mou-

fut ainsi primitivement des reprises de la femme. En effet, lorsqu'en vue d'échapper à l'injustice résultant du défaut d'une récompense légale, l'on prenait soin de stipuler, dans son contrat de mariage, qu'il serait fait emploi du prix de ses propres vendus, on ne se contentait pas de cette convention purement et simplement, mais on y ajoutait encore une clause d'assignation sur les conquêts ou sur les biens propres du mari. Et ainsi faisait-on de même en vue de lui assurer la restitution de deniers réservés propres. Dès lors si, à la dissolution de la société conjugale, il n'avait été déjà fait emploi pendant la vie commune, le bien objet de l'assignat devenait un propre qu'elle pouvait revendiquer (1).

Mais si cette clause d'assignation faisait de l'action en reprise une action réelle et immobilière, est-ce une raison pour conclure que tel était en principe et toujours le caractère de cette action ?

Et d'abord, même anciennement (si toutefois l'on admet la conjecture que nous avons faite à la fin du premier chapitre), il n'y avait pas que les reprises de la femme, mais il y avait encore celles du mari : on se rappelle le texte de la Très ancienne coutume de Bretagne et celui de Jostice et Plet qui établissent la récompense tant en faveur de l'un que de l'autre époux. Eh bien, pourquoi le droit en reprise du mari au-

vant à cause d'elle, elle sera récompensée sur l'héritage du mari, ou sur leurs conquêts faits constant leur mariage : au choix du mari ou son héritier. Et si la dite récompense est faite sur l'héritage du mari, il ou ses hoirs jouiront et auront des dits conquêts à la concurrence de la dite récompense : et le surplus des dits conquêts sera parti par moitié selon la coutume. »

(1) Art. 427 de la cout. de Bretagne. « Les deniers dotaux baillés avec promesse d'asseoir ou de rendre n'entreront en communauté : et s'il y a promesse d'assiette, elle sera faite et préalablement prise sur le tout des acquêts d'autant qu'ils en pourront porter ; et s'ils ne suffisent sur les biens du mari. Et où il n'y auroit que promesse de rendre les dits deniers, ils seront levés sur le tout des meubles ; et où ils ne suffiroient, sur les acquêts, et s'ils ne suffisent sur les propres biens du mari, le tout au choix du débiteur. » — Et art. 13 de la coutume de Nivernais, ch. xxiii, des Droits appartenant à Gens mariés. « La femme, après le trépas de son mari, est saisie des assignaux à elle faits en particulier par son mari, pour les deniers de son mariage ; et, après elle, en sont saisis ses héritiers... ». « Faits en particulier ; se peut recueillir que notre coutume ne fait aucun compte de l'assignat fait en général comme n'étant qu'une simple hypothèque. Et comme dit a esté, cet assignat particulier à effet de vente. » V. Guy-Coquille sur ce texte, et comp. art. 12 et 18 du ch. xxiii.

rait-il donc eu le caractère d'un droit réel et immobilier ? Cela résulte-t-il forcément de la forme même dont ces vieux coutumiers s'expriment ? nous l'avons dit, cette forme tenait à deux circonstances : premièrement, en ce qu'on ne savait pas encore abstraire dans le langage juridique et poser la communauté distincte des époux ; et en second lieu, parce qu'elle correspondait pratiquement au mode le plus simple à cette époque de liquider la récompense, celui d'un paiement en nature sur le propre de l'autre conjoint.

Au surplus, si nous relisons avec soin le premier de ces textes que nous rappelions, il n'y a qu'un moment, comme posant réciproque le principe de la récompense, celui de la Très ancienne coutume de Bretagne (1), ne résulte-t-il pas de ses termes mêmes qu'il n'établit, en faveur de l'époux non propriétaire de l'héritage amélioré, qu'une indemnité en meubles ou en argent, c'est-à-dire qu'une reprise purement personnelle et mobilière (2) ?

Toutefois nous prévoyons une certaine catégorie d'hypothèses où l'action en reprise avait effectivement pour objet l'obtention d'un droit immobilier : nous faisons allusion à toutes celles où une opération ayant été réalisée par les époux du chef de l'un d'eux pendant la vie commune, on se trouvait en présence d'un bien ayant provisoirement le caractère de conquêt, sauf règlement ultérieur à la dissolution du mariage (3). Mais encore peut-on correctement parler en ces cas d'une action en reprise ? évidemment non, car il s'agissait beaucoup plus d'un arrangement entre l'époux survivant et les héritiers du prédécédé que des récompenses ; au reste l'action donnée à l'époux du chef duquel l'acquisition avait eu lieu ou à ses héritiers, ne cessait d'avoir le caractère d'une action purement personnelle : il est clair que notamment la femme n'eût eu rien à prétendre sur un conquêt de ce genre, si le mari en en ayant disposé au cours du mariage, elle ne le retrouvait en nature à sa dissolution.

(1) Ch. 215 déjà transcrit.

(2) Poullain du Parc sur l'article 603 de la coutume de Bretagne : note a.

(3) Poullain du Parc, *loco citato* et sur l'article 442, commentaires 2 et 3.

Lorsque le numéraire sera devenu moins rare, que les meubles seront plus considérés et que les récompenses en se développant auront conduit à poser nettement distinct le patrimoine commun des patrimoines propres, on continuera bien à admettre que l'époux créancier de récompenses prélève des effets communs pour se remplir; mais il n'y aura aucune difficulté sur le caractère de son droit, qui sera communément considéré comme ayant essentiellement pour objet une somme d'argent, c'est-à-dire comme purement personnel et mobilier.

Or, d'abord en ce qui concerne la forme, remarquons que l'article 232 de la coutume de Paris s'écarte déjà du langage des anciens textes pour se rapprocher de celui des auteurs modernes: « Si durant le mariage est vendu aucun héritage ou rente propre appartenant à l'un ou à l'autre des époux, ou si ladite rente est rachetée, le prix de la vente ou rachat est repris *sur les biens de la communauté*,... » (au lieu de *sur les biens de l'autre époux*).

Et maintenant, quant au fonds, observons aussi que cet article, tout en consacrant le principe de la récompense, que nos vieux auteurs désignent volontiers sous le nom de *emploi légal*, ne reproduit pas la clause supplémentaire d'assignation.

Il y eut toutefois une première tendance à réputer cette clause sous-entendue au profit de la femme (1); mais on ne tarda pas à considérer comme insuffisamment justifiée (2) une subrogation réelle tacite des acquêts ou des biens propres du mari aux biens propres vendus ayant appartenu à l'épouse; subrogation qui eût été générale, ne frappant en particulier aucun bien, comme l'assignat primitif (3). Aussi le droit à la récompense n'apparut-il plus, dans tous les cas, que comme une créance de somme d'argent, c'est-à-dire

(1) Brodeau sur Louet. Lettre R., nomb. 30.

(2) Guy-Coquille, *loco citato*; Ferrière sur l'art. 232 de la cout. de Paris, n° 56.

(3) Cout. de Nivernais et Guy-Coquille, *loco citato*.

que comme un droit purement personnel et mobilier (1). D'ailleurs, l'introduction de l'hypothèque légale allait désormais donner à la femme, pour le paiement de ses reprises, une garantie analogue à celle que lui procurait jadis la clause d'assignation.

On a prétendu, il n'y a pas encore très longtemps, trouver dans le droit au prélèvement consacré par l'article 1471 du Code civil, un droit de préférence au profit de l'épouse, non seulement à l'égard des créanciers personnels du mari, mais encore même à l'égard de ceux de la communauté. Nous n'avons pas l'intention de passer successivement en revue toutes les phases de l'histoire de cette controverse, qui n'a plus d'ailleurs aujourd'hui qu'un intérêt rétrospectif (2) : deux opinions s'étaient fait jour dans notre ancien droit, celle du *mi-denier* (3), celle des prélèvements (4) ; mais elles n'avaient en vue que de trancher une difficulté qui ne peut plus se présenter dans notre droit moderne, nous ne voulons donc pas non plus en parler ; n'ayant eu pour but, ainsi que nous l'avons annoncé, que de présenter quelques observations, au point de vue historique, sur la nature de l'action en reprise et l'usage des prélèvements consacré par l'article 1471.

Un dernier mot encore sur ce sujet : l'un des jurisconsultes les plus distingués de notre époque a soutenu que le législateur de 1804, n'ayant eu en vue que l'intérêt de la femme, n'autorisait nullement le mari à exercer ses reprises en nature dans les termes de l'article 1471 (5).

Cette opinion, qui, d'ailleurs, est restée sans écho, nous semble peu naturelle et peu en harmonie avec tout ce que nous venons de dire. Au surplus, en se référant à l'ancien

(1) Charondas, sur l'art. 232 de la cout. de Paris ; Ricard (art. 232 cout. Paris) cité par Ferrière ; Bourjon, *Op. citato*, II, p. 622 ; Renusson, *Traité des Propres*, ch. iv, sect. 6, p. 23 ; et Lebrun, *Communauté*, liv. III, ch. II, sect. 1, distinct. 2, n° 97.

(2) V. un arrêt solennel du 16 janvier 1853. C. cass., D., 58, 1, 5, S., 58, 1, 10.

(3) Renusson, *Communauté*, 2^{me} partie, ch. III, n° 19 ; Lebrun, *Communauté*, liv. III, ch. III, sect. I, dist. II, n° 108.

(4) Brodeau sur Louet, lettre R, nomb. 30 ; Argou, *Op. citato*, liv. III, ch. IV, t. II, p. 46 ; Ferrière sur l'art. 253, cout. de Paris, n° 16.

(5) Demante et Colmet de Santerre. *Cours analytique de Code civil*, t. VI, n° 132 bis, I.

droit, on constate que, non seulement Pothier (1), mais encore tous les auteurs, accordaient au mari comme à la femme, sauf à reléguer celui-ci au second rang, le droit de se payer en nature sur la masse commune. Il y a donc tout lieu de croire que le Code civil a entendu suivre la tradition, d'autant plus qu'il n'aurait eu aucune bonne raison pour y déroger.

(1) Communauté n° 701 « La masse... dressée et arrêtée, la femme ou ses héritiers doivent prélever dans les meilleurs effets de la dite masse (il s'agit de la masse immobilière), à leur choix, la somme à laquelle par la liquidation se sont trouvées monter les reprises et autres créances de la femme, déduction faite de ce qu'elle devait à la communauté..... Après ce prélèvement... le mari ou ses héritiers prélèvent pareillement à leur choix, dans les meilleurs effets qui restent à la dite masse, la somme à laquelle montent les créances et reprises du mari, déduction faite de ce qu'il devait à la communauté..... »

CONCLUSION

Nous nous proposons dans cette conclusion de jeter un dernier regard, et ce sera un regard d'ensemble, sur tout notre ancien droit français : nous le ferons très rapidement tout d'abord en résumant Pothier, et en second lieu par une comparaison succincte de la jurisprudence bretonne et de la jurisprudence coutumière envisagée d'une façon générale ; enfin nous terminerons par quelques observations et un coup d'œil synthétique sur la législation actuelle.

I

Si maintenant nous voulons jeter un regard d'ensemble sur la législation actuelle, au premier abord toute cette matière des récompenses nous apparaît assez diffuse dans le Code civil, le législateur y ayant touché un peu partout et n'en ayant nulle part, à vrai dire, formulé une théorie générale.

Mais, en s'aidant des données de l'histoire, il devient facile de réunir les articles épars du Code, de les grouper et d'en tirer les principes qui les régissent.

Comme on a pu s'en rendre compte, le système des récompenses était à peu près formé de toutes pièces, quand il passa de notre ancien droit dans notre droit moderne ; et Pothier, dans son *Traité de la communauté*, le résume magistralement en ces termes : « On peut établir pour principe général : Que chacun des époux est, lors de la dissolution de la communauté, créancier de tout ce dont il a enrichi celle-ci à ses dépens pendant qu'elle a duré (1) ; Que toutes les fois que l'un des époux s'est enrichi aux dépens de la communauté, il lui doit récompense (2). »

(1) N° 606.

(2) N° 613.

Par la première de ces deux formules, l'illustre jurisconsulte pose du même coup le principe et la mesure de la récompense, qui devra comprendre « *tout ce dont l'époux créancier aura enrichi la communauté* », sans jamais excéder toutefois le préjudice par lui souffert, car autrement la récompense cesserait d'être une indemnité. Cette deuxième proposition est si évidente que Pothier eût pu la sous-entendre sans inconvénient, néanmoins il a préféré l'indiquer d'un mot : « *A ses dépens.* »

Au contraire, en ce qui concerne la seconde, il éprouve le besoin de préciser sa pensée, en renfermant dans un double criterium les limites maxima et minima du taux de l'indemnité : « La récompense n'excède jamais ce qu'il en a coûté à la communauté, quelque grand qu'ait été le profit que le conjoint a retiré » (1) ; à vrai dire cette première règle eût pu être passée sous silence, mais il n'en est pas de même de la deuxième que voici : « La récompense n'est pas toujours de ce qu'il en a coûté à la communauté pour l'affaire particulière de l'un des conjoints ; elle n'est due *que jusqu'à concurrence de ce qu'il a profité* (2). »

Enfin, le célèbre commentateur, par les mots « *créancier* », « *doit* », « *n'est due* », s'explique implicitement sur la nature de l'action en reprise, qu'il nous révèle plus clairement encore et sans équivoque dès le début de sa théorie de la liquidation (3) ; nous rappelant par ailleurs l'usage des prélèvements que l'ancien droit avait fini par consacrer, et l'avantage en cette matière fait à la femme sur son mari (4) ; résumant enfin dans le numéro 582, que nous achevons de transcrire, l'opération de la balance des comptes existant entre la communauté et chacun des époux (5).

(1) N° 613.

(2) N° 613.

(3) N° 582. « Après la dissolution de la communauté, on doit liquider les *créances* que chacun des conjoints a contre la communauté et les *dettes* dont chacun des conjoints est débiteur envers la communauté. »

(4) V. n° 701 (texte déjà cité).

(5) « Cette liquidation est nécessaire en cas d'acceptation de la commu-

II

Avant de passer au droit actuel, nous voulons dire un dernier mot de la coutume de Bretagne.

Le très vieil auteur, que nous avons eu tant de fois l'occasion de commenter, était évidemment en avance, en ce qui concerne les récompenses, sur tous les autres coutumiers des ^{xiii}^e et ^{xiv}^e siècles, notamment sur Beaumanoir et sur les Etablissements de Saint-Louis, ainsi que nous l'avons expliqué ; aussi, est-ce pour ce motif que nous l'avons pris comme point de départ de cette étude.

Nous savons toutefois que, pour un cas, il avait été avancé par le Livre de Jostice et de Plet, auquel il resta même inférieur, ne posant pas, comme lui et pour l'hypothèse à laquelle nous faisons allusion, la réciprocité du principe.

Au surplus, si la théorie des récompenses apparaît déjà dans la Très ancienne coutume de Bretagne, elle n'y apparaît, comme on a pu s'en rendre compte, qu'à peine ébauchée ; si en effet quelques-uns de ses textes s'y réfèrent, ce n'est assurément pas encore le système tel que nous le concevons aujourd'hui. Ainsi prenons le chapitre 315, il ne prévoit que l'aliénation du propre de la femme et le dédommagement qui de ce chef lui sera dû sur celui de son mari. Voici d'autre part le chapitre 215 ; la récompense y est bien établie réciproque, mais que de lacunes par ailleurs (lacunes du reste relatives, c'est-à-dire par comparaison avec notre droit moderne) : d'abord le propre amélioré ne doit pas être une terre noble ; au surplus l'auteur n'a songé qu'aux « édifices » qui y pourraient être élevés pendant le mariage, il laisse de côté les réparations, même importantes, dont ce propre pourrait

nauté par la femme ou ses héritiers, afin que chacun des conjoints (ou ses héritiers), puisse, au partage qui se fera des biens de la communauté, exercer sur les biens de la communauté la reprise de la somme dont il sera créancier de la communauté, déduction faite de celle dont il était débiteur envers elle ; et que dans le cas où l'un ou l'autre des conjoints se serait trouvé débiteur de quelque somme envers la communauté déduction faite de ce qui lui est dû par la communauté, cette somme dont il s'est trouvé redevable envers la communauté lui soit, au partage, précomptée sur sa part. »

être l'objet ; enfin dans le calcul de l'indemnité on ne tiendra pas compte de la main-d'œuvre.

Arrivons maintenant aux chapitres 40, 217 et 220 : sans doute ils constituent bien un précédent lointain de notre théorie, nous voulons dire quelque chose d'approchant, mais ce ne sont pas encore les récompenses ; d'ailleurs nous avons cité des textes de Beaumanoir qui en disent presque autant. Et il en est de même du chapitre 312 : en effet, autre chose est de dire que « l'exécution devra être faite sur les biens du mari tout premier avant que ceux de la femme y courent » , autre chose, que la femme pourra être poursuivie par le créancier envers lequel elle s'est engagée solidairement ou conjointement avec son époux, sauf son recours contre celui-ci.

La Très ancienne coutume de Bretagne n'en offre pas moins un très grand intérêt, au point de vue du système des récompenses, qu'elle contenait réellement, au moins en germe, dans les textes relativement nombreux où elle nous en donne des exemples. Peut-être aura-t-on éprouvé quelque étonnement à ce qu'ayant tant insisté sur ce vieux coutumier dans les débuts de cette étude, nous ayons un peu laissé dans l'ombre, surtout à mesure que nous nous rapprochions du droit moderne, la coutume rédigée en 1539 et celle réformée en 1580. Nous espérions, en effet, que les deux siècles qui séparent le vieil auteur breton de la rédaction et de la réformation de la coutume de son pays, auraient permis à la jurisprudence bretonne de faire quelque progrès dans la voie des récompenses, et notamment de dégager la théorie là où il n'y en avait qu'un précédent éloigné ; mais notre attente a été vaine, car on a pu s'apercevoir, par les textes que nous en avons rapportés, que les coutumes rédigées et réformées se sont bornées à reproduire presque textuellement la Très ancienne : ainsi prenons le cas où une acquisition a été faite pendant le mariage du chef de l'un des époux, ou celui du dégrèvement d'une charge foncière affectant l'un de ses propres : l'opération sera toujours traitée comme conquêt, sauf règlement ultérieur (articles 319 et 442 de la coutume réformée en 1580) ; prenons encore l'hy-

pothèse de la femme coobligée avec son mari, elle jouit toujours du même droit de discussion qu'auparavant, et il n'y est nullement question qu'elle pourra être poursuivie même pendant le mariage, sauf à sa dissolution son recours contre son mari. (Art. 430.)

Toutefois la coutume réformée contient une innovation trop importante pour que nous omettions d'en parler : par l'article 440, elle prévoit l'aliénation, au cours du mariage, de l'immeuble propre du mari ; et de ce chef pose en sa faveur le principe d'une récompense légale. Il y eût eu sur ce point une lacune trop grave pour qu'on négligeât de la combler ; aussi, suivant l'exemple de Paris et d'Orléans, on compléta la coutume antérieure, en étendant au mari l'avantage qui jusque-là n'avait été accordé qu'à son épouse.

Enfin que dirons-nous de la jurisprudence bretonne ultérieure à 1580, fit-elle quelques progrès dans la voie des récompenses ? rien à cet égard ne nous a paru digne d'être signalé : non seulement, en effet, nous ne la voyons pas la première à innover, mais encore il semble qu'elle ait peine à suivre le mouvement qui se produisit en leur faveur dans les autres coutumes ; c'est que sans doute pendant longtemps gênée par les textes, elle ne songera à s'en affranchir tout à fait, que lorsque ayant cessé complètement de correspondre aux besoins, comme il arriva, on s'en souvient, des articles 601, 602 et 603, ils seront devenus d'une application difficile ou même inacceptable.

III

Venant au Code civil, nous voudrions faire quelques observations sur les principaux de ses textes qui traitent des récompenses.

Les premiers, que nous citerons comme les plus importants, sont évidemment les articles 1433 et 1437 ; à eux deux ils résument presque toute l'histoire de la théorie : le premier se réfère à deux cas de récompenses dues par la communauté à l'un des époux, le deuxième embrasse tous ceux où il est dû récompense par l'un des époux à la communauté.

Il résulte, en effet, de la comparaison de ces deux textes, que l'un paraît avoir une portée beaucoup plus générale que l'autre ; cependant il n'en est rien, car il est bien certain que, toutes les fois que la communauté se sera enrichie au détriment de l'un des conjoints, elle lui en devra récompense, alors même que l'on ne se trouverait pas dans les hypothèses spécialement prévues par l'article 1433. Mais ce rapprochement va nous permettre de faire les réflexions suivantes, qui ne seront pas inutiles au point de vue de cette étude.

Pour le premier de ces textes, l'article 1433, qui par les termes mêmes dans lesquels il s'exprime, présente une analogie frappante avec l'article 232 de la coutume de Paris, il n'y a pas lieu de s'étonner si, ne mentionnant que le cas où un propre a été vendu pendant le mariage ainsi que celui où l'on s'est rédimé en argent de services fonciers à lui dus, le prix en étant tombé dans la caisse commune et n'ayant pas été remployé dans la suite, il ne formule pas, d'une façon générale, tous les cas de récompenses dues par la communauté : c'est qu'en effet ces cas sont les plus importants de cette première catégorie de récompenses ; en nulle autre hypothèse qu'en celle de l'aliénation d'un bien propre, nous l'avons expliqué, on n'avait davantage senti le besoin, primitivement, d'un remploi légal : nous avons cité au ^{xiii}e siècle le Livre de Jostice et de Plet et la Très ancienne coutume de Bretagne, et c'est encore le premier exemple que nous donne la coutume de Paris, réformée en 1580. Eh bien ! il nous semble que l'article 1433 du Code civil rappelle ces premiers textes, notamment l'article 232, et l'origine de la théorie des récompenses.

Au contraire, l'article 1437 qui, après avoir énuméré quelques cas, se termine par les termes les plus généraux, reproduit, selon nous, le développement ultérieur du droit sur cette matière ; développement lent et successif, opéré par la doctrine et par la jurisprudence sous l'influence des idées dont nous avons parlé, et grâce auxquelles on rattachait juridiquement les récompenses à quelques textes de la

coutume, mais dont une théorie d'ensemble n'était consacrée positivement par aucun d'eux.

Au surplus, comme le font très bien remarquer Aubry et Rau (1), l'article 1437 ne se contente pas de poser le principe de la récompense dans les hypothèses auxquelles il a trait, mais il en indique en même temps la mesure. D'ailleurs sur ce deuxième point l'article 1433 se trouve complété par l'article 1436 dans sa partie finale. Et à ce double titre, ces textes résument assez bien l'ancien droit.

Après eux, nous grouperons ensemble, comme se rattachant à une même idée, les articles 1406, 1407 et 1408-al. 1 et 2, qui se ramènent tous à cette hypothèse : acquisition réalisée pendant le mariage pour le compte de l'un des époux et pour laquelle il a fallu déboursier des deniers communs. Puis les articles 1409-n^{os} 1 et 2, 1412 à 1419 et 1469 qui se réfèrent à certains cas où la communauté ayant acquitté une dette personnelle à l'un des époux (dette mobilière antérieure au mariage, dette de succession, constitution de dot en faveur d'un enfant d'un premier lit), il lui est dû récompensé.

Nous citerons à part l'article 1431 qui établit en faveur de la femme, coobligée solidaire ou conjointe avec son mari, une récompense toute particulière et sur laquelle on pourrait longuement discourir ; puis, à côté de cet article, nous rappellerons les dispositions du Code qui ont pour but d'assurer à l'épouse et de lui garantir le paiement de ses reprises : articles 1471-1^o, 1472-2^o, 2121-al. 1 et 2135-2^o.

Nous ne voulons pas non plus passer sous silence l'article 1471 qui consacre l'usage des prélèvements ; ni les articles 1434 et 1435 qui régissent une matière si voisine des récompenses, celle du remploi, qu'elles semblent se confondre aux origines lointaines de leur histoire, et qui tout au moins se développèrent côte à côte.

Nommons aussi, pour ne pas rester incomplet, quelques dispositions éparses, comme les articles 1432 et 1438-al. 2, qui nous offrent des exemples d'une catégorie de récompenses

(1) Cours de Droit civil français, t. v, page 363, note 5.

dont nous n'avons pas parlé, parce que d'abord elles sont relativement rares, et qu'en second lieu rien à vrai dire ne les différencie guère des autres indemnités, nous faisons allusion aux récompenses que peuvent se devoir directement les époux l'un envers l'autre. Contentons-nous également de nommer les articles 1468, 1493-2° et 3° et 1494.

Enfin, nous terminerons cette vue d'ensemble par l'article 1424, relatif aux amendes encourues par le mari pendant le mariage ; seul cas nouveau ajouté par le législateur de 1804 au système de l'ancien droit, et la dernière conquête des récompenses sur les pouvoirs du mari, chef de la société conjugale, seigneur et maître de la communauté.

Vu par le Président,

CH. LEFEBVRE.

Vu par le Doyen,

GLASSON.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

GRÉARD.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION

	Pages
Les récompenses sont nées de l'opposition entre deux tendances coutumières très anciennes : la communauté de biens entre époux et la conservation de ces mêmes biens dans la famille.....	1 à 4
Les premiers exemples de récompenses légales ont trait au cas où un propre a été vendu pendant le mariage.....	4 à 7

CHAPITRE PREMIER

ORIGINES DE LA THÉORIE DES RÉCOMPENSES

I. — D'une façon générale, et sauf quelques divergences apparaissant dans le Livre de Jostice et de Plet et surtout dans la Très ancienne coutume de Bretagne, les coutumiers du ^{xiii} ^e siècle ne paraissent avoir connu aucun système de récompenses ; — sans doute simplicité franche et naïve du moyen âge ; — n'y avait-il pas quelque chose qui en tint lieu ?	9 à 11
§ 1 ^{re} Vente d'un propre : jadis rareté des ventes immobilières et grande extension du bail à rente. Conjecture : on utilisait sans doute la théorie des propres par subrogation réelle....	11 à 13
Conventions de remploi dans les contrats de mariage ou dans les actes d'aliénation ; devenues de style, sont entendues de plein droit par l'article 232 de la coutume de Paris.....	13 à 15
Le Livre de Jostice et de Plet et la Très ancienne coutume de Bretagne.....	15
§ 2 ^{me} Précédents éloignés dans certains cas où les récompenses étaient remplacées par quelque chose d'approchant :	
a) Droit de discussion accordé par la Très ancienne coutume de Bretagne à la femme coobligée avec son mari ;.....	15 à 17
b) Opérations réalisées au cours du mariage et traitées comme conquêts sauf règlement ultérieur :	
x) Acquisition d'un bien de famille et retrait lignager. Beaumanoir et la Très ancienne coutume de Bretagne.....	17-18
y) Dégrevement d'une charge foncière : système de la coutume de Paris.....	19-20
§ 3 ^{me} On méconnaît pendant longtemps certaines récompenses qui eussent apparu comme contraires aux pouvoirs du mari sur les meubles, celles notamment dues pour impenses d'améliorations : les Etablissements de Saint-Louis et la coutume de Nivernais.....	20 à 22

- II. — L'origine historique du système des récompenses est-elle la même que son origine théorique : l'idée de justice à introduire dans toute association ?
- Comparaison du développement des récompenses dans les communautés laïques et dans la société conjugale : la coutume de Nivernais 22-23
- 1^{re} conjecture : Les récompenses paraissent s'être introduites tout d'abord dans l'intérêt de la femme, pour la protéger contre un gouvernement peut-être égoïste du mari : ce qui n'a rien que de très conforme à l'idée de justice à introduire dans une société qui a toujours pour la diriger le même chef légal le mari (la Très ancienne coutume de Bretagne) ; ... 23 à 25
- surtout lorsqu'on eut étendu les pouvoirs de celui-ci sur les conquêtes (encore la Très ancienne coutume de Bretagne)... 25 à 28
- 2^{me} conjecture : Les récompenses se sont introduites tant en faveur de l'un que de l'autre époux par pure mesure d'équité et comme la suite nécessaire et logique du vieux principe de la *conservation des biens dans la famille* : harmonie de cette conjecture avec ce fait que les premiers exemples de récompenses légales ont trait au cas où un propre a été vendu pendant le mariage. Argument tiré du Livre de Jostice et de Plet ; et aussi la Très ancienne coutume de Bretagne.... 28 à 32

CHAPITRE DEUXIÈME

DÉVELOPPEMENT DU SYSTÈME DES RÉCOMPENSES

- I. — Commentaire de l'article 232 de la coutume de Paris : suite et fin de nos explications sur les deux cas de récompenses qui y sont prévus, notamment sur celui du rachat, au cours de la vie commune, d'une rente active propre à l'un des époux..... 33 à 35
- L'article 232 devient le droit commun et s'étend même aux coutumes muettes ; interprétation large de la jurisprudence qui développe ainsi les récompenses dues par la communauté. 35-36
- II. — Influence romaine en notre matière : la jurisprudence explique l'article 232 par l'idée des libéralités indirectes, qu'elle continuera d'évoquer, dans la suite, à l'appui de chaque cas nouveau où il lui paraîtra convenable d'accorder une récompense ; et ainsi elle introduit la plupart des récompenses dues à la communauté..... 36-37
- Critique de cette jurisprudence : point de vue coutumier sur la prohibition des dons entre époux différent du point de vue romain. C'est la même idée qui fit introduire dans les coutumes et cette prohibition et les récompenses..... 37 à 40
- III. — Le système des récompenses nécessaire dans un régime où l'on distingue des intérêts propres et des intérêts communs : permet de maintenir l'équilibre entre les apports respectifs des époux dans la mise en commun, par la pratique

de clauses particulières insérées à cette fin dans les contrats de mariage ; et y fonctionne, tout le temps que dure la communauté, comme une sauvegarde des intérêts propres..... 40 à 42

La séparation des intérêts propres et des intérêts communs n'est pas le seul fondement de la théorie des récompenses ; mais il y a encore à tenir compte de cette idée, dans notre droit moderne, que les époux ne peuvent s'avantager, durant leur mariage, que par des dispositions révocables, ou plus simplement encore, que l'intention libérale ne se présume pas..... 42-43

CHAPITRE TROISIÈME

EXTENSION DE LA THÉORIE DES RÉCOMPENSES AUX DETTES

- I. — Dettes ne concernant que l'intérêt exclusif de l'un des époux :..... 45-46
- § 1^{er} Dettes mobilières des époux antérieures au mariage.... 46 à 48
- § 2^e Dettes de succession échue à l'un des époux au cours du mariage..... 48 à 51
- § 3^e Dettes d'intérêt personnel par lui contractées pendant la vie commune :
- a) Constitution de dot faite en faveur d'un enfant d'un premier lit ;..... 51-52
- b) Dettes contractées en vue de l'acquisition, du recouvrement, de la conservation ou de l'amélioration d'un propre. — Exposé des différents cas de récompenses dues à la communauté, et généralisation : Pothier, Communauté, n° 613 et art. 1437 du Code civil..... 52 à 54
- II. — Dettes pour lesquelles l'époux, qui peut être poursuivi pour la totalité, a un recours soit contre la communauté, soit contre son conjoint. (Seul examen de l'hypothèse de la femme coobligée avec son mari) : mesure de protection établie de plein droit en sa faveur par la coutume, qui en conséquence assimile, du moins dans une certaine mesure et au point de vue de la contribution, les dettes que le mari a contractées seul et celles que son épouse a contractées en s'engageant avec lui. — Conjecture : généralisation probable de la coutume de Bretagne, quand on se fut départi de la règle que les meubles étaient seuls à répondre des dettes. — Une fois le procédé des récompenses connu, on ira jusqu'à permettre au créancier de poursuivre l'épouse pendant le mariage, sauf le recours de celle-ci contre son mari..... 54 à 56

CHAPITRE QUATRIÈME

LES RÉCOMPENSES PROCÉDÉ DE GRANDE EXTENSION DES PROPRES

- I. — Du jour où l'on étend les pouvoirs du mari à tous les biens communs, meubles et immeubles, l'on est porté par contre à restreindre le domaine trop vaste des conquêts pour élargir

celui des propres. — Opération réalisée au cours du mariage du chef de l'un des époux d'abord traitée comme conquêt sauf règlement ultérieur, puis, mais assez tard et une fois le procédé des récompenses connu, comme propre *ab initio* sauf récompense. Intérêt de l'épouse : le mari ne pourra plus aliéner l'immeuble acquis du chef de celle-ci, ou laisser pour compte à la communauté une mauvaise opération dont il entendait se réserver le profit exclusif si elle eût été meilleure.

§ 1^{er} a) Acquisition au cours du mariage d'un bien de famille ;

b) Exercice d'un retrait lignager..... 57 à 62

§ 2^o Dégrèvement d'une charge foncière..... 62-63

II. — Divers avantages du système des récompenses une fois connu : notamment plus de facilité dans les partages, accommodements de famille, aliénations de biens propres, etc. : 63 à 65

CHAPITRE CINQUIÈME

APERÇU HISTORIQUE SUR LE MONTANT DES RÉCOMPENSES

I. — Limite minima et limite maxima du taux de la récompense :

— Le préjudice souffert par la partie à qui elle est due ;

— L'enrichissement réalisé par celui qui la doit.

Applications : notamment en ce qui concerne les impenses simplement utiles, la récompense n'est que de la plus-value :

la Très ancienne coutume de Bretagne 67 à 75

Le Code civil adopte un système différent de celui de l'ancien droit en ce qui concerne les amendes encourues par le mari pendant la vie commune. *Quid* des réparations civiles ? 75-76

II. — Hypothèses particulières :

§ 1^{er} Aliénation d'un droit viager propre moyennant un prix qui est tombé en communauté..... 77

§ 2^o Aliénation d'un immeuble propre moyennant une rente viagère..... 78

CHAPITRE SIXIÈME

OBSERVATIONS SUR LA NATURE DE L'ACTION EN REPRISE

Le langage des textes anciens un peu différent du nôtre :

— parce qu'on ne sait pas encore poser la communauté distincte des époux ;

— parce qu'une reprise sur l'immeuble du conjoint débiteur de la récompense était le moyen, le plus simple alors, d'en effectuer le paiement..... 79-80

Quelle fut originairement la nature de l'action en reprise ?

— réelle et immobilière ? L'art. 438 de la coutume de Bre-

tagne ; mais il est contredit à cet égard par l'art. 603. — De la clause d'assignation.

— personnelle et immobilière dans un cas où, à proprement parler, il ne s'agit pas d'une véritable récompense ;

— personnelle et mobilière : l'art. 603 de la coutume de Bretagne ; — ne fait plus aucun doute à partir du ^{xvi}^e siècle... 80 à 84

Usage des prélèvements : avantage fait en cette matière à la femme sur son mari..... 84-85

CONCLUSION

I. — La théorie des récompenses dans Pothier..... 87-88

II. — La coutume de Bretagne comparée au droit commun coutumier..... 89 à 91

III. — La théorie des récompenses dans le Code civil..... 91 à 94

FIN DE LA TABLE DES MATIÈRES

